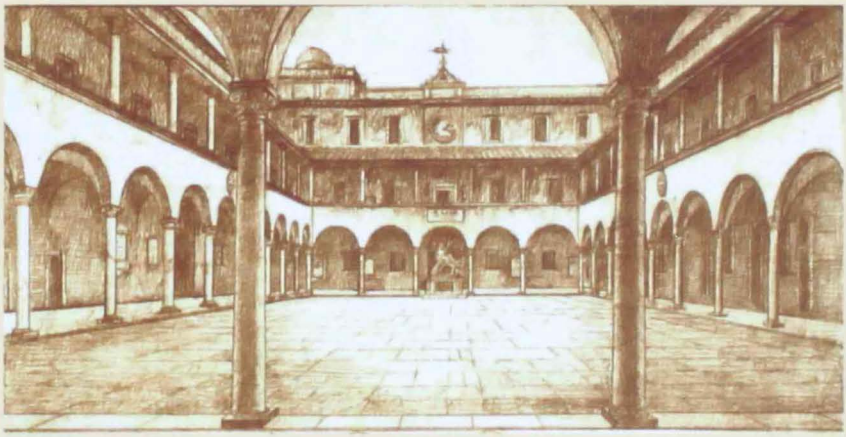
Estudios sobre la Responsabilidad Jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas



Università di Pisa

Escuela Libre de Derecho

Estudios sobre la responsabilidad jurídica del juez, el servidor público y los profesionistas

Primera edición: 2013

Estudios sobre la Responsabilidad Jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas

Grabado de la Portada:
Palazzo de la Sapiensa de la Universidad de Pisa

Diseño Editorial y de Portada: Yamel Oñate Guerrero

ISBN: 978-968-6236-26-2

Editado e impreso en México
Printed and made in Mexico
Por Impresos Chávez de la Cruz, Valdivia 31,
Col. María del Carmen, Delegación Benito Juárez, México, D. F.
Teléfonos 5539-5108 y 5672-0119
imprechavez@yahoo.com

ESTUDIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL JUEZ, EL SERVIDOR PÚBLICO Y LOS PROFESIONISTAS

Escuela Libre de Derecho
Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa
MÉXICO, 2013

CONTENIDO

I. Presentación / Presentazione

II. Introducción

III. Historia del Derecho

VI. DERECHO CONSTITUCIONAL

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

VI. DERECHO CIVIL

VII. DERECHO PENAL

VIII. DEONTOLOGÍA JURÍDICA

I. Presentación/Presentazione

PRESENTACIÓN

La Escuela Libre de Derecho tiene el gusto de presentar el libro: *Estudios sobre la Responsabilidad Jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, que recoge las brillantes contribuciones que sobre estos temas elaboraron profesores de nuestra Escuela, así como del reconocido Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa. De hecho, constituye el tercer resultado concreto de la estrecha colaboración que existe entre ambas instituciones desde hace ya una década, que busca no sólo un mejor conocimiento de los sistemas jurídicos de México e Italia, así como los retos que se les presentan, la difusión del pensamiento de sus profesores, pero sobre todo, estudiar de manera conjunta problemas que les son propios y que derivan de la globalización y de cierta manera la unificación del Derecho que se está produciendo en los tiempos actuales.

En efecto, en el año de 2007 se publicó el libro *La Crisis de la Ley*, que tuvo como finalidad mostrar cómo los Estados contemporáneos se han transformado en virtud de dicha globalización y cómo su principal herramienta de acción como lo es la ley, se ha visto reducida ante el empuje de nuevos instrumentos internacionales o elementos de los propios sistemas jurídicos, que han disminuido su nota característica como lo es la soberanía. En el año 2010, se dio a conocer la obra *Principios y Reglas*, que resaltó la importancia histórica y contemporánea que tienen los princi-

pios en los ordenamientos nacionales, factor que fue desconocido tanto por la teoría como por los juristas en gran parte del siglo XX, pero que ahora resulta relevante para dotar de legitimidad a los ordenamientos jurídicos.

Ahora la problemática común que se aborda en la obra que presentamos, tiene que ver con distintas clases de responsabilidad jurídica, particularmente con la de los jueces, servidores públicos, médicos y abogados. La responsabilidad, si bien es un concepto jurídico indispensable para el debido entendimiento y funcionalidad de los órdenes jurídicos, no siempre ha sido estudiada con la profundidad que se requiere, particularmente para mostrar sus vínculos con otros términos igualmente importantes como el de obligación, sanción, capacidad, etc. Además debido a las transformaciones del Derecho, se ha producido la necesidad de replantear las normas que la regulan, sobre todo en las personas indicadas.

Así, en el caso de los jueces, esa responsabilidad no puede destruir el carácter creativo con el que ahora se están desempeñando, pero tampoco puede liberarlos de cualquier obligación y por lo tal los juristas deben encontrar el equilibrio en su actuación. Lo mismo sucede para los funcionarios y empleados que conforman la Administración Pública, donde su responsabilidad debe extenderse a fin de hacerlos partícipes en la protección de los derechos humanos. En el caso de los médicos, dicha responsabilidad se ha modificado de manera drástica, ante la necesidad de una adecuada protección del derecho fundamental a la salud, sobre todo por el empleo de novedosas tecnologías y medicamentos que han incrementado los daños en los pacientes. Por último, la labor de los abogados en el manejo de los problemas que les son confiados, no puede quedar al mero arbitrio de un contrato de prestación de servicios,

sino que exige una regulación administrativa especial que logre salvaguardar los altos fines que se esperan de ellos en una sociedad, y por ello, es indispensable analizar su actuación desde una perspectiva deontológica.

En fin, esperamos que estos trabajos logren resaltar la importancia de la responsabilidad en los distintos ámbitos del Derecho y cómo se está transformando por las necesidades actuales.

Sólo me resta agradecer al Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, el profesor Roberto Romboli, su especial interés no sólo en continuar con la estrecha colaboración que existe entre ambos institutos, la que deseo se siga dando, sino la preocupación que tuvo para que este libro saliera a la luz.

FAUZI HAMDAN AMAD
Rector de la Escuela Libre de Derecho

México, D. F., febrero del 2013.

PRESENTAZIONE

È con viva soddisfazione che il neo costituito Dipartimento (ex Facoltà) di Giurisprudenza dell'Università di Pisa accoglie la pubblicazione di questo terzo volume di ricerche congiunte con la Escuela Libre de Derecho di Città del Messico. Gli studi qui raccolti sulla responsabilità del giudice, del funzionario pubblico e del professionista negli ordinamenti messicano ed italiano rappresentano la continuazione di un percorso di approfondimento dei fenomeni giuridici, che ha visto come tappe precedenti l'analisi della crisi della legge (*La crisis de la ley*, México 2007) e del rapporto tra principi e regole (*Principios y reglas*, México 2010).

Una collaborazione nata appena un decennio fa (nel 2003) su pochi, ma solidi progetti concreti, definiti nel corso della prima visita di una delegazione di professori della Facoltà giuridica pisana presso la Escuela Libre de Derecho, ha prodotto in tempi brevi frutti duraturi, che, maturati negli articoli dei tre volumi finora apparsi, hanno indubbiamente favorito la conoscenza reciproca dei sistemi legali dei due Paesi. Ed è certo questo un ulteriore motivo di soddisfazione, perché dimostra la validità di quegli accordi internazionali che si propongono di raggiungere e raggiungono effettivamente specifici e ben precisi obiettivi, utilizzando le poche risorse oggi disponibili, senza vag-

heggiare progetti faraonici, destinati poi a rimanere sulla carta.

Inoltre, è con una punta di orgoglio che mi compiaccio di sottolineare il ruolo che stanno svolgendo la Escuela Libre de Derecho ed il Dipartimento giuridico pisano nel rafforzare il dialogo in campo giuridico tra Europa e America Latina. Infatti, in un momento storico di profonde trasformazioni e crisi, quale quello che stiamo vivendo in questi anni, lo scambio di idee su importanti aspetti delle diverse esperienze giuridiche apre nuovi orizzonti, contribuisce alla comprensione delle peculiarità di ciascuna e mostra gli strumenti posti in atto per far fronte alle nuove contingenze. Messico e Italia sono due nazioni che, pur nella loro diversità, presentano non pochi caratteri comuni anche in varie branche dell'ordinamento giuridico e coglierne le analogie e differenze non può che consolidare i reciproci legami.

Desidero infine esprimere la più viva gratitudine al Rettore della Escuela Libre de Derecho per avere ancora una volta ospitato le nostre ricerche in una pubblicazione della sua prestigiosa collana

ROBERTO ROMBOLI
Direttore del Dipartimento
di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

Pisa, ottobre 2012

II. INTRODUCCIÓN

EL CONCEPTO JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD

RODOLFO GÓMEZ*
ALDO PETRUCCI**

"Pues ¿por qué razón entonces el legislador no permite hacer nada malo, antes manda obrar lo que es recto y es bueno, y estableció penas y castigos para el caso de que se cometan acciones malas o se omitan acciones buenas? En efecto ha obrado de una manera absurda, si ha decretado leyes de este tipo, sobre cosas que no están en nuestra mano llevar a cabo. Por el contrario, según realmente parece, está en nuestra mano el ser buenos o no serlo. Además, atestiguan esto mismo las alabanzas y las censuras o recriminaciones: en efecto la alabanza y el encomio son una consecuencia de la virtud, y la censura es una consecuencia del vicio. Es así que no se dan alabanzas ni censuras a los que han hecho una cosa en contra de su voluntad. Luego queda con ello en evidencia que está en nuestra libre voluntad el obrar el bien y el mal.

ARISTÓTELES
Gran Ética

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Escuela Libre de Derecho.
** Profesor de Derecho Romano en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa.

1. Los conceptos jurídicos y el lenguaje

El estudio de los términos necesarios para la comprensión misma del Derecho, así como para su adecuada práctica, ha sido desde el siglo XIX, una de las ramas tradicionales de la Teoría del Derecho, ya que nos permite comprender de una mejor manera lo que es el fenómeno jurídico, de dónde se nutre y cuál es su relación con la vida social. Particularmente resulta importante vislumbrar las relaciones que hay entre los abogados y las palabras que utilizan en sus actividades o las que usan las personas en general cuando se refieren a los sucesos que tienen relación con el Derecho, por lo que nos obliga a estudiar de dónde surgen, cómo se van modificando y a qué tipo de fenómenos se les van aplicando.

En este tema, la teoría distingue dos clases de conceptos: "*los propios*", o "*auténticos*" y en su oposición, "*los impropios*", "*no auténticos*" o "*relevantes*", veamos en qué consisten ambos:

Los conceptos "*impropios*" tienen, al decir de Arthur Kaufmann como origen el lenguaje natural, pero nunca logran desvincularse de éste, por el contrario, conservan en su uso una fuerte dependencia con él, de tal forma que los juristas deben tomar en cuenta para el análisis de estos términos, los usos empleados en la práctica diaria por las personas, así como la realidad a la que se les aplica. A su vez, nosotros pudiéramos hacer una distinción dentro de esta categoría y así encontramos en primer lugar, términos que cuentan con el mismo significado que en el lenguaje natural, como por ejemplo "vestido", "casa", "herramientas", etcétera. Cuando las pronunciamos inmediatamente percibimos esa unión que hay entre su significación gramatical con el jurídico en donde comparten un mismo ámbito de aplicación.

Una segunda categoría, dentro de lo que hemos llamado conceptos impropios, tenemos a términos que si bien tuvieron un origen en el lenguaje natural, como producto de su propio desarrollo en el lenguaje jurídico, han llegado a tener una significación especial dentro de dicho sistema, ya sea de manera universal, en todos los sistemas jurídicos, o sólo particular para cada estado nacional, y como se ha señalado, no siempre corresponde a su significado gramatical o empleado por las personas. Tal sería el caso de los términos "matrimonio", "alimentos" o "testamento", por ejemplo. Por supuesto en su uso ambos sentidos se entremezclan y entran en conflicto cuando se aplican dentro del sistema jurídico, por ello, el propio ordenamiento a través de sus instituciones, bien sean normas u órganos encargados de su aplicación, deben resolverlos y dar elementos para su caracterización y distinción. Los términos bajo esta acepción, dejan de ser elementos meramente descriptivos para convertirse también en normativos, transformadores de la realidad en donde se utilizan, debido a que no necesariamente se busca hacer referencia a un objeto, sino que ahora pretenden normarlo o darle una significación especial. Es decir, estos conceptos nacen y se desarrollan en la realidad, de ahí que se diga que tienen un origen empírico, pero adquieren una significación particular cuando se incorporan o permanecen dentro del sistema jurídico, y además se ven influenciados en su significación por otras normas del mismo sistema.

A diferencia de estas dos clases de términos, encontramos los que se consideran "*propios*" o "*auténticos*", que tienen su origen no en el lenguaje natural, ni en la realidad empírica, sino que se crean de manera propia e independiente, como

lo señala Kaufmann, serían conceptos *a priori*, utilizando la terminología kantiana, tal sería el caso de acuerdo con este autor de los conceptos de "deber jurídico", "norma jurídica", o "derecho subjetivo", etcétera.[1] Como sucede también con parte de los otros conceptos, también aquí dejan de tener un carácter descriptivo, para convertirse en elementos normativos de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, habría que interrogarse hasta qué punto esta afirmación del filósofo alemán resulta cierta y si es posible que podamos encontrar dentro de los ordenamientos jurídicos, términos que en realidad son *a priori* o "puros" de todo sistema o uso del lenguaje, o en realidad, todos los conceptos surgen del lenguaje natural y de la sociedad donde se utilizan, y en pequeña o gran medida se ven afectados por esa misma sociedad. Los ejemplos que nos da este autor son de cualquier manera cuestionables, ya que términos como norma, deber, derecho, no tienen un significado *a priori* y por el contrario los encontramos también dentro de otros sistemas normativos como el religioso, el social o el moral, y que sin duda tienen grandes contactos con ellos.

En ese sentido al surgir del lenguaje natural todos los conceptos que se emplean dentro del Derecho, tienen una vinculación con áreas o con materias que no son específicamente jurídicas y que el teórico debe constantemente tener presente cuando quiere analizar su contenido. Si es así, deberemos cuestionar el que se pretenda cualquier intento de pureza o independencia en los términos jurídicos con la realidad a la que se aplican. Pero esto tampoco nos puede llevar a negar que dentro del Derecho existen conceptos que surgen y tienen su sentido propio dentro

[1] Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho,* (traducción Luis Villar Borda y Ana María Montoya) Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, pp. 199 a 217.

del mismo Derecho y no pueden aplicarse fuera de él, tal vez los conceptos de "prescripción", o "caducidad" sólo cobran sentido dentro del sistema jurídico, pero aun aquí sería cuestionable si se pueden presentar de una manera *a prori*, o en cambio, surgen de la realidad misma del Derecho, sujeto a los condicionamientos del propio sistema.

Además, no sólo los conceptos tienen origen en la realidad, sino que también pueden pertenecer a otros sistemas normativos como el social, el religioso, o el moral y guardar cierta dependencia con ellos que no se elimina cuando se incorporan a un sistema jurídico, por lo que el jurista debe estar atento en verificar esa dependencia o conexión que tiene. En ese sentido podemos considerar que los intentos de Kelsen por independizar las significaciones de los términos que se utilizan en el Derecho, nos puede llevar a la incorrecta apreciación de su significado.[2]

Sin embargo, habría que rescatar de la posición de Kaufmann, pero para modificarla y en ese sentido, pudiéramos considerar que existen conceptos que son utilizados por el Derecho en su sentido gramatical ordinario y que éste no le atribuye ningún significado especial o técnico. En cambio, existen otros en los que si bien tuvieron su génesis en el lenguaje ordinario, o en algún otro sistema normativo, el Derecho les ha otorgado una especial significación, que los hace apartarse de ese lenguaje ordinario o normativo de otras ramas. Luego entonces, podemos cambiar el sentido de los términos "propio" o "impropio", para referirnos a estos términos que se emplean dentro del Derecho, de tal manera que los primeros serían aquellos que han logrado una relativa independencia de otros sistemas sociales, en tanto que los restantes siguen guardando fuertes

[2] Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (traducción Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1979, pp. 123 a 128.

vínculos con el lenguaje ordinario o su relación con otros sistemas normativos.

Como veremos a continuación, y se desarrollará en los trabajos siguientes, el término "responsabilidad", surgió de este lenguaje ordinario y ha llegado a tener no una, sino varias connotaciones técnico jurídicas, que se han ido configurando a lo largo del desarrollo del Derecho, lo que ha permitido que si bien siga guardando relaciones fuertes con el lenguaje natural, particularmente con nuestras costumbres o con otros sistemas normativos como el moral o el religioso; sí tiene una relativa independencia de los mismos, pero sin lograr esa total separación. En todo caso, ese uso especializado ha pasado a enriquecer también su significado natural. Es decir, existe una relación recíproca entre el lenguaje normativo y el lenguaje natural, en donde ambos se influyen en su significación.

Otro aspecto relevante en este tema, es que desde que comenzaron a estudiarse estos términos, siempre se buscó su definición o su significado sustancial, es decir, detectar las esencias de cada uno de ellos y por lo tanto, encontrar su género y diferencia específica, tal como lo propuso Aristóteles, lo que conllevaba a la necesidad del especialista de adscribir un concepto dentro de un conjunto de conceptos similares a los que se pudiera englobar dentro de un género y encontrar las diferencias que los pudieran distinguir de otros conceptos parecidos.

Pero como sucede con el concepto del Derecho, no ha sido fácil hallar en cada uno de los conceptos cuál es su esencia, y si en realidad sólo tiene una, como tampoco ha sido sencillo decidir respecto de los géneros a los que pertenece. Por ello, la teoría contemporánea ha descartado la posibilidad de encontrar definiciones reales que nos hablen de la auténtica esencia de la noción que se trata de ex-

plicar, simple y sencillamente por la imposibilidad que se tiene de hallarla. Frente a ello, se ha postulado otro tipo de definiciones como las lexicales, estipulativas o explicativas.

La primera de ellas, sería como lo proponen los filósofos analíticos o algunos positivistas, explicar los usos lingüísticos y los significados que tienen en la práctica dentro de una sociedad, como lo expondremos a lo largo del presente artículo. Las estipulativas deben entenderse como convenciones aceptadas en torno a usos que en el futuro se le dará a un término. Por último, las explicativas vinculan los conceptos con la cultura de donde surgen, tomando también en cuenta el uso que tienen, buscando su relaboración con base en un núcleo que consideren de mayor importancia y valor operativo, para llegar a un significado semántico, preciso y eficiente, capaz de mostrar la situación cultural actual en donde se emplea el término.[3]

Sea cual sea lo óptimo en materia de definiciones, la teoría jurídica contemporánea ha renunciado a la búsqueda de explicaciones de tipo esencialista, pero sin caer en la tentación de pretender dar significados convencionales, arbitrarios, o ajenos a la realidad de donde surgen y donde se utilizan. Frente a ello, ha optado por tomar en cuenta los usos que tienen los términos en la sociedad, así como cuáles son las ideas que se vinculan con su uso, para de esta manera, poder dar un significado trascendente, que pueda explicar el sentido que tienen en la sociedad y de esta forma dar un significado de carácter objetivo.

De esta forma, Hart propuso el que no desvinculemos los conceptos con sus usos, los contextos en los que se utilizan, o las prácticas sociales en las que se emplean, ya que sólo así podemos analizarlos y comprenderlos debidamen-

[3] Scarpelli, Ugo, *Cos´é il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunitá, Milano, 1965, pp. 12 a 14.

te, apreciando las relaciones que tienen con la sociedad y los usos que le han impuesto los propios hombres, ya sea de una manera consciente o no.[4]

Relacionado con el tipo de definiciones, nos enfrentamos con el problema de querer buscar una sola significación a cada uno de estos términos, lo que sin duda deriva de la noción esencialista de los términos. Es posible que detrás de cada uno de ellos tengamos significados distintos que surgen de necesidades y realidades diferentes. La ciencia jurídica ha mostrado cómo en realidad los conceptos jurídicos pueden presentar distintas significaciones dentro del propio Derecho, que si bien el ciudadano común no distingue, el especialista debe tomar en cuenta estas diferencias para su empleo correcto. Como veremos más adelante, precisamente en el concepto de responsabilidad no hallaremos un solo término para hacer referencia a él, sino que en realidad encontraremos una pluralidad de significados, que de una u otra manera se encuentran unidos entre sí.

De cualquier manera, como ya lo hemos visto, Hart propuso que para comprender correctamente el significado de cualquier término jurídico, es indispensable tomar en cuenta su uso cotidiano, las prácticas sociales en donde se da, así como el contexto en el cual se emplea. En ese sentido, enfatizó que cuando se discute sobre este tipo de problemas, tenemos que distinguir entre tres clases de preguntas en cuanto a la definición de un concepto y particularmente lo que deseamos decir cuando hablamos del mismo, siendo éstas: cómo lo entendemos y de qué manera lo usamos. La segunda es la finalidad que buscamos con el término y por último, cuáles son los fundamentos que

[4] *Véase* Hart, H. L. A., "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica", (traducción de Genaro R. Carrió) en *Derecho y Moral. Contribuciones a su Análisis*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962.

nos permiten justificar el empleo del término y la medida y los alcances en que lo utilizamos.[5]

Un último problema al que nos enfrentamos cuando buscamos la significación de los conceptos, sobre todo los jurídicos, es que estamos en presencia de elementos culturales, es decir, que al hacer referencia a fenómenos, a cosas o a instituciones intangibles, no tienen una relación con cosas o entidades materiales, lo que llevó a los distintos autores del realismo escandinavo, a pretender negar la existencia de las más importantes entidades jurídicas que sólo tenían una finalidad sociológica o sicológica u operativa para el Derecho. De ahí la complejidad de encontrar un significado aceptable para todos, respecto de estos términos, sin caer en el subjetivismo, o en la negación de la realidad del ente al que se refiere el concepto.

Conscientes de todas estas dificultades, nos adentraremos a analizar el concepto de responsabilidad en el Derecho.

2. El término jurídico de "responsabilidad"

Como se ha señalado los conceptos jurídicos y sobre todo el que ahora nos ocupa, no son entidades "puras" o *a priori*, sino que han surgido del lenguaje natural y de ahí se han incorporado al lenguaje jurídico, por lo que tenemos que empezar por entender cómo surgió esta palabra y cuáles son sus distintas significaciones en el lenguaje común que le han dado o bien los juristas, o el público en general.

Si acudimos al *Diccionario de la Real Academia Española*, nos percatamos que el término tuvo un origen latino, ya que es una derivación de la palabra *responsum*, que a su vez

[5] Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Second Edition, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2008.

proviene del verbo *respondĕre*, que significa "responder". De ahí que la palabra "responsable" tenga en el lenguaje natural tres distintas significaciones: por una parte, el obligado a responder de algo o por alguien; o cuando se dice referente a una persona que pone cuidado y atención en lo que hace o decide; y, por último, el cargo de una persona en la dirección y vigilancia del trabajo en fábricas, establecimientos, oficinas, inmuebles, etcétera.[6]

De estas significaciones, se desprende a su vez el término "responsabilidad", en atención a que en primer término implica la cualidad de ser responsable en las tres distintas situaciones antes apuntadas. También significa una deuda u obligación de reparar o satisfacer ya sea por sí o por otra persona, ya sea por la comisión de un delito, por una culpa o porque lo establece la ley. Asimismo significa un cargo u obligación moral que resulta para alguna persona ante una indebida actuación. Por último, entendemos este término como la capacidad que tiene una persona en el derecho para reconocer o aceptar las consecuencias de un hecho realizado por ella.[7]

Después de esta consulta nos sorprende por un lado, la vinculación que tiene el concepto con su significación jurídica y la asunción de que ha existido una influencia recíproca en ambos lenguajes, por lo que es indudable que cuando tengamos en cuenta este concepto, siempre debemos tener presentes los dos distintos significados, que como se ha dicho, guardan una estrecha vinculación entre sí y presumiblemente, como intentaremos demostrar en las páginas restantes, todos también derivan de una misma idea inicial no originaria del medio jurídico sino posible-

[6] *Véase* el significado de dichos términos en la vigésima segunda edición del *Diccionario de la Real Academia Española*, que puede ser consultado en internet en la página www.rae.es

[7] *Op. cit.*, en el significado de la palabra "responsabilidad".

mente del moral, como ya lo había sugerido Aristóteles, en el sentido de que la responsabilidad viene de alguna u otra manera a constituir una respuesta que debe dar el individuo frente a sus acciones, o que de alguna o de otra manera a pesar de no haber sido el productor de las mismas, sus consecuencias le pueden ser atribuidas por alguna razón que se considera válida dentro del medio social en que se encuentra.

Es el mismo Hart el que más se ha detenido a analizar el significado de este concepto desde el punto de vista de la Teoría del Derecho y el que ha señalado que a su vez lo podemos dividir en cuatro distintos sentidos, todos ellos, como hemos visto ya se ven reflejados en su significado gramatical:[8]

a) Responsabilidad como punición.
b) Responsabilidad como capacidad.
c) Responsabilidad como deberes y obligaciones derivados de un cargo o rol social.
d) Responsabilidad como factor causal.

Todos ellos se encuentran incluidos en el siguiente ejemplo, que proporciona este mismo autor:

> Como capitán del barco x era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoraba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje x se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida

[8] Hart H. L. A., "*Punishment...*" *op. cit.*, p. 211.

de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños.[9]

Dado este ejemplo, detengámonos brevemente en cada una de estas acepciones y veamos qué sección del ejemplo le corresponde a cada una de ellas.

3. Responsabilidad como punición

Responsabilidad como punición, o también como sancionabilidad, o reproche moral o jurídico. Esta acepción se encuentra en el ejemplo transcrito en sus siguientes parajes: "...pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes... Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños", como lo hemos señalado, es el significado que guarda el vínculo más fuerte con el sentido gramatical del término, ya que se entiende como la respuesta que se dirige por el sistema jurídico en contra de alguna persona que ha realizado alguna conducta que es acreedora en el plano jurídico y muchas veces en el moral, de un reproche o sanción.

Presumiblemente esta significación deviene del lenguaje moral y de la concepción de que el hombre presenta como uno de sus claros atributos, el libre arbitrio para decidir sus acciones y además posee la voluntad para alcanzar lo que ha decidido, de tal manera que puede responder de aquellas acciones que no sólo ha decidido sino además ha realizado, con lo que se vincula a su significación moral y filosófica. Así, somos responsables porque somos libres de

[9] *Op. cit.*, aprovecho la traducción que al respecto realizó Carlos Nino en: *Introducción al Análisis del Derecho*, 9ª reimpresión de la 2ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 184 y 185.

optar por una determinada conducta y por lo tanto tenemos la voluntad de realizarla.

En ese sentido, las autoridades administrativas o judiciales encuentran responsables a personas que han infringido normas y por lo tanto deben ser sancionadas. Por su conexión con el lenguaje natural, es posible que entendamos que sea éste el significado más usado por los abogados, y que fue el primero en ser desarrollado por los teóricos del derecho y particularmente por Kelsen. Al constituir una consecuencia por una acción, se presupone que el individuo al que se le atribuye tiene por una parte una capacidad natural de conocer la acción que ha desarrollado, sus consecuencias y además, que ha tenido la posibilidad y libertad de obrar en ese sentido, como ya lo hemos dicho. Es así como este concepto se vincula con sus otras significaciones, es decir con la idea de capacidad, relación causal y de obligación. En ese tenor, un individuo obtiene del sistema jurídico una sanción, al haber realizado una conducta respecto de la cual tenía la capacidad necesaria para no sólo realizarla sino comprender las consecuencias que acarrearía y además es susceptible de ser atribuible un deber de cuidado respecto de esa conducta y que siguiendo los dictados de su voluntad ha decidido realizarla, por lo que le puede ser impuesta una sanción como consecuencia de ella.

De esta forma, también Alf Ross vincula el concepto de responsabilidad con el de culpabilidad y castigo, ya que todos tienen un presupuesto común, la infracción a alguna norma y por lo tanto, se utilizan sobre todo en procedimientos jurisdiccionales para atribuir a alguien dicha infracción. Por ello, distingue entre responsabilidad como exigibilidad y como sancionabilidad. En el primero se trata de referir el concepto a una persona a quien se le pueden

exigir cuentas sobre un estado de cosas, que se vincula a lo que diremos más adelante con el término de capacidad. En su segunda connotación, se vincula a una persona que puede ser sentenciada por algo, de tal manera que el sentido de los procedimientos es encontrar si quien realizó el acto ilícito se le pueden exigir cuentas, o si lo hizo bajo ciertas condiciones de modo que pueda ser sancionado por ello.[10]

Dentro de este significado, Kelsen a su vez encuentra distintas categorías de responsabilidad, como son:

Directa o indirecta. En el primer caso, la consecuencia o la sanción es atribuible a la misma persona que realizó la conducta prevista en la ley que trae aparejada una sanción, o como nosotros diríamos, es la misma persona que realizó una conducta indebida. Esta clase de responsabilidad es la única que existe en materia penal, donde no están permitidas las penas trascendentes, o el imputar consecuencias jurídicas penales, a personas diferentes de las que cometen los delitos.

En cambio, la responsabilidad indirecta, es cuando las consecuencias jurídicas son atribuibles a personas diferentes que realizaron las conductas ilícitas, y se sancionan por diferentes consideraciones. Así tenemos en materia civil, la responsabilidad del patrón, por actos realizados por sus trabajadores, o la responsabilidad de un padre de familia respecto de conductas realizadas por sus menores hijos, o la responsabilidad del Estado, por actuaciones de sus servidores públicos.

En un segundo supuesto tenemos a la responsabilidad subjetiva y objetiva, en donde es necesario que exista un reproche moral o jurídico en el primer caso, como la realización de un acto ilícito, o simplemente por atribuir algún resultado a una persona, con independencia de la voluntad o libertad que tuvo para producir dicho resultado. Es decir, en este último caso se atribuye una consecuencia jurídica por disposición de la ley, independientemente de la voluntad o no del sujeto. Esta última preponderantemente se desarrolla en el derecho civil, administrativo, o laboral. Por ejemplo, la responsabilidad civil por el uso de un mecanismo o aparato en sí mismo peligroso, o la responsabilidad por hechos en un centro de trabajo. En estos supuestos si bien no se da la libertad o la voluntad en la asignación de una respuesta jurídica, el derecho atribuye una obligación, para que el perjuicio no lo sufra la parte más débil, o aquella a la que no se le puede atribuir la pérdida, en ese sentido la responsabilidad deja de ser una respuesta a una conducta, para exigir el pago de un daño a la persona que si bien no actuó indebidamente, se le debe atribuir el resultado, al ser el propietario o poseedor del objeto que causó ese daño.

[10] Citado por Larrañaga Pablo, *El Concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2000, pp. 59 y 60.

Es interesante resaltar que en un principio el Derecho sólo consideró a la responsabilidad subjetiva, pero con el nacimiento de la revolución industrial y la creación de las máquinas que producen objetos de consumo, se modificó drásticamente esta situación, para establecer una fuente distinta de responsabilidad por el mero empleo, la posesión o la propiedad de estas máquinas. En ese supuesto, la consecuencia jurídica se atribuye no por la conducta misma, sino por el titular del bien que finalmente causó un daño y se inspira en un motivo de justicia de tal forma, que las consecuencias del empleo de la misma, la tiene el que se aprovecha directa o indirectamente del uso de la máquina que ha producido el daño, ya que no sólo debe reportar los beneficios sino también los daños que la misma ocasione.

Para Kelsen, la responsabilidad puede ser por intención o por resultado. Cuando un sistema jurídico establece como condición para la imposición de una sanción, determinada acción u omisión que produce un resultado indeseable, es posible que el mismo, o bien haya sido buscado por el propio sujeto, o que se haya producido sin esa intención. En el primer caso, estaremos hablando de una responsabilidad intencional y en el segundo una responsabilidad por resultado.[11] Todavía en el primer supuesto, es decir, en la responsabilidad intencional, se puede hacer una división, y así puede ser que la intención sea "subjetivamente mala", esto es, que se provoca el acontecimiento o se evita, con la clara finalidad de causar un daño a una persona, lo que hace que se caracterice a esa conducta como "dolosa", o de "intención dolosa". En el segundo caso, no existe determinada intención, ni se encuentra previsto el resultado, es más, ni siquiera se desea y entonces se habla de la existencia de la "culpa". En este último caso, el orden jurídico obliga a sus destinatarios a ciertos deberes de cuidado para evitar que se realicen dichas conductas, ya que de lo contrario, se producirá una negligencia que hará previsible el surgimiento de una responsabilidad. De tal forma que como lo veremos más adelante, este término de responsabilidad subjetiva por la culpa se vincula al concepto de responsabilidad como obligación, en atención a que implica la atribución de consecuencias jurídicas por el incumplimiento de deberes expresos o implícitos de cuidado que se tienen respecto de las demás personas.

Dentro de este concepto, también tenemos la siguiente clasificación y que es la responsabilidad personal, grupal o colectiva. De lo expuesto podemos indicar que la diferencia entre obligación y responsabilidad para Kelsen, consiste en que si la persona que ha realizado el acto ilícito, es la misma en la que recaen las consecuencias jurídicas de esa acción, entonces estaremos ante el término "obligación", pero si la consecuencia se dirige hacia una persona diferente, entonces hablamos de "responsabilidad". Como lo expondremos más tarde, en realidad ambos conceptos están fuertemente vinculados, de tal manera que la responsabilidad en algunos casos es sinónimo de obligación jurídica. Sin embargo, la diferencia apuntada por este autor nos permite desarrollar esta clasificación.

[11] Kelsen, *op. cit.*, p. 136.

Normalmente el Derecho sólo atribuye responsabilidad por hechos cometidos por la misma persona, a diferencia del pensamiento kelseniano y del sentido natural del concepto. Pero como lo vimos anteriormente, también el sistema jurídico a efecto de evitar consecuencias indeseables, puede dirigir los efectos jurídicos hacia una tercera persona que no intervino directamente en el acto generador, entonces puede considerarse como una responsabilidad "colectiva", la cual puede extenderse contra muchas personas, ya sean los miembros de determinado grupo al que pertenece el infractor, como las venganzas de sangre, la represalia, o la guerra, en el antiguo Derecho Internacional. Aunque la responsabilidad colectiva es un elemento característico de los derechos primitivos, es posible que todavía podamos encontrar reminiscencias de este concepto de responsabilidad, sobre todo en la sociedad y en los hechos bélicos, o incluso en el propio Derecho Internacional, como sucede con los bloqueos económicos.[12]

Propio de la responsabilidad colectiva es la responsabilidad por el resultado según Kelsen, en atención a que no existe ninguna relación interna entre el individuo a quien se hace responsable, de la persona que realizó el hecho ge-

[12] Kelsen, *op. cit.*, p. 135.

nerador de la misma. Sin embargo habría que revisar si esta situación es correcta y más bien no se trata de una asignación de quién debe sufrir la pérdida ante la realización de una acción no necesariamente producida por dolo, o por culpa o negligencia, sino simplemente como resultado de elementos ajenos a la conducta de los hombres, como ya lo hemos expuesto.

Dentro de este tema, aunque no considerado por los principales tratadistas de la Teoría del Derecho, estaría una clase de responsabilidad colectiva o nacional derivada de la conducta de generaciones que pertenecieron a un Estado y que produjeron daños a otro u otros, como sucedió en las guerras, o en las acciones del Estado colonial, o de conquista. Aquí el dilema es que frente a actos o hechos realizados por personas, grupos o generaciones anteriores, los demás miembros de una comunidad y en épocas posteriores a que sucedieron esos eventos, deben asumir algún tipo de consecuencia por ello, es decir, alguna responsabilidad.

En principio y dada la vinculación que tiene este concepto con las ideas de libertad y voluntariedad, parece equivocado que pudiéramos asumir una responsabilidad por actos que no han sido cometidos ni deseados por las personas quienes se disculpan o asumen las consecuencias de esas acciones: "se basa en la idea de que somos responsables sólo de lo que nosotros mismos hagamos, no de las acciones de otros o de hechos que escapen de nuestro control".[13] Idea que sin duda deriva de un concepto restringido de individualismo moral, sólo estamos sujetos a obligaciones que asumimos como propias y por lo tanto, sólo este origen pudiera justificar cualquier tipo de responsabilidad, como lo sugirieron en su momento Aristóteles, John Locke, Immanuel Kant o John Rawls.

[13] Sandel, Michael J., *Justicia ¿Hacemos lo que Debemos?* (Traducción Juan Pedro Campos Gómez) Random House Mondadori, S. A., Barcelona, 2011, p. 241

Sin embargo, basar la idea de la responsabilidad sólo en la individualidad y voluntariedad de los actos, resulta insuficiente como ya lo hemos mostrado en las líneas anteriores, si bien en la mayoría de los casos se requiere de ambos componentes para producir la responsabilidad, no es la única forma de atribuirla y de esta forma como sucede en otros tipos de responsabilidad, es razonable el que se pueda atribuir consecuencias jurídicas a personas que no participaron en actos productores de daños, cuando ellos mismos se han visto beneficiados en alguna manera de esas acciones y por ello, es posible atribuir obligaciones por la vida o pertenencia en una comunidad, o por vínculos que deben existir entre los individuos, de ahí que puedan existir además de responsabilidades subjetivas u objetivas, otras de carácter "solidario", que no tengan como fundamento al propio individuo y su consentimiento, sino que se tome en cuenta la sociedad en la que nos encontramos y el lazo que debe existir entre otros miembros del grupo social. Esto es, pueden existir responsabilidades sociales que no asumimos como individuos, sino ante aquellos otros con quienes compartimos la comunidad o la historia y que no han obtenido de ese vínculo un resultado tan satisfactorio como el que hemos procurado nosotros.[14]

En ese sentido, Michael J. Sandel ha extendido el concepto de responsabilidad para involucrar una responsabilidad moral de tipo nacional o internacional, que no deriva del individuo, de su consentimiento o de su actuación, evidentemente que tampoco parte del liberalismo o del individualismo, sino de una especie de moral social que debe ser reconocido dentro de los propios sistemas jurídi-

[14] *Op. cit.*, pp. 254 a 259.

cos para dar una adecuada respuesta a las situaciones antes apuntadas:

> Desde el punto de vista de la concepción narrativa de la persona, la formulación liberal de las obligaciones es demasiado superficial. No puede explicar las responsabilidades especial es que unos tenemos con los otros en cuanto conciudadanos. Más aún, ni siquiera abarca esas lealtades y responsabilidades a las que la fuerza moral les viene, en parte, de que atenerse a ellas en la vida es inseparable de que nos concibamos como las personas que en particular somos, como miembros de esta familia o de esta nación o de este pueblo como portadores de esta historia, como ciudadanos de esta República... Por lo tanto, una manera de decidir entre la concepción voluntarista y la concepción narrativa de la persona consiste en preguntarse si hay una tercera categoría de obligaciones —llamémoslas obligaciones de la solidaridad o de la adscripción— que no se pueden explicar refiriéndose a un contrato. Al contrario que los deberes naturales, las obligaciones de la solidaridad son particulares, no universales; comprenden responsabilidades morales que tenemos no ante los seres racionales en cuanto tales, sino ante aquellos con quienes compartimos cierta historia. Pero al contrario que las obligaciones voluntarias, no dependen de que se preste un consentimiento.[15]

4. RESPONSABILIDAD COMO CAPACIDAD O ESTADO MENTAL

Esta connotación se ve reflejada en el ejemplo que da Hart, de la manera siguiente: "Se rumoraba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones...". Bajo esta significación, se hace referencia a una persona que está desde el punto de vista moral y jurídico, preparada para afrontar las consecuencias de sus hechos, por tener la aptitud para analizar y dirigir sus actos y com-

[15] *Op. cit.*, p. 255.

prender y asumir sus consecuencias. Por ello, decimos que este sentido se desprende del significado anterior y podemos decir que lo antecede, ya que sólo una persona que tiene la autonomía y la libertad para dirigir sus acciones y comprender su significado, puede asumir los alcances y las consecuencias tanto materiales como morales que provocará con esos actos, por lo que se puede decir que es responsable, esto es, que es capaz, y por lo tanto, es susceptible de asumir las consecuencias no sólo fácticas, sino normativas, ya sean morales o jurídicas de esa conducta.

En ese sentido, Guido Pincionee atribuye este significado del término a la condición necesaria de una persona, para que pueda ser sujeto de una pena o reproche moral.[16] De tal manera que para enfocar correctamente ese sentido, una vez más se le debe dar relevancia a los conceptos de voluntariedad e intencionalidad, como condición previa de la responsabilidad, en atención para que exista ésta debe existir la libre decisión de realizar una conducta y de asumir sus consecuencias ya sean queridas o no. Así, responsabilidad como punición y responsabilidad como capacidad se encuentran indisolublemente unidas, ya que solamente una persona que puede comprender la relevancia de sus actos, tiene la aptitud de ser sancionada por ellos.

Por su parte McCormick indica que el concepto de responsabilidad se encuentra vinculado al de capacidad, ya que versa sobre el punto de si una persona puede ser de hecho responsable tanto civil, penal o administrativamente y por lo tanto, le puede ser impuesta una sanción por los actos que ha realizado, lo que presupone que se tenga una capacidad de tener y ejercer derechos activos. Los niños por ejemplo, o las personas que presentan alguna altera-

[16] Pincionee Guido, "Responsabilidad", en *El Derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 2ª ed., Editorial Trota, S. A., Madrid, 2000, p. 343.

ción o anomalía síquica, son considerados inimputables, o no sujetos de las normas jurídicas, por carecer de capacidad de culpabilidad civil o penal y por ello, no cuentan con la capacidad para asumir obligaciones o para cometer delitos y por ello, tampoco pueden ser condenados u obligados jurídicamente por esos actos, con independencia de que el Derecho establezca en contra de ellos otro tipo de medidas, y vincule a terceras personas las consecuencias de esos actos.

Por otro lado, también este autor opina que dado el carácter de irresponsabilidad que pueden asumir algunas personas en sociedad, en el aspecto civil se puede separar la obligación de reparar el daño, de la infracción al deber o de la comisión de un ilícito del que se sigue aquélla como consecuencia. En estos casos, se deslinda la persona responsable de la causante del ilícito civil, como en el caso del menor de edad, del empresario, etcétera, a lo que llama una responsabilidad de tipo "vicaria", en donde se considera que la persona responsable fue la que infringió el deber general de cuidado, al haber omitido las precauciones adecuadas para evitar que se causara el daño. En este caso estamos ante una capacidad de tipo "responsabilidad". La única persona que ha incurrido en la culpa no es el empleado o el menor, sino el adulto a su cargo, porque es la única persona jurídicamente relevante, lo mismo ocurre cuando un animal produce el daño, donde no hay responsabilidad vicaria, sino infracción de un deber de cuidado. Por ello apunta: "bajo el derecho penal como el derecho civil, es claro que la capacidad para actuar —capacidad responsabilidad— es distinta de la capacidad pasiva para ser involucrado como parte de un proceso judicial, de la capacidad de ser obligado jurídicamente, que es una forma

de capacidad transaccional pasiva".[17] Con este comentario, nos podemos adentrar al siguiente significado, es decir, cuando la capacidad se vuelve una obligación, que como se ha visto, no necesariamente deriva de la persona que ha realizado la conducta, sino que también puede vincular a terceras personas, por un deber implícito o explícito de cuidado, o a quien se le atribuye la obligación de reparar los daños ocasionados por esa conducta.

5. Responsabilidad como sinónimo de obligación

"Como capitán de un barco x era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga... Durante el viaje *x* se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes que tuvo en su carrera demostraron que no era una persona responsable...", es decir bajo esta significación implica que la idea de responsabilidad es sinónimo de la imposición de deberes hacia una persona por parte de una norma jurídica. De acuerdo con Nino, también este concepto pudiera estar vinculado al concepto de competencia y de atribución a ella encomendada, por ejemplo cuando se señala que "el portero del edificio tiene la responsabilidad de trabajar a partir de las siete de la mañana".[18] En ese sentido se utiliza el término para atribuir no solamente competencias, sino también cuando se dan alternativas que tienen que ser decididas por la persona a la que se le imputa un cargo.

Dentro de esta acepción, se encuentra la postura de Kelsen, quien considera que el término se encuentra vinculado al de obligación jurídica. Ésta consiste en que cuando la

[17] McCormick, Neil, *Instituciones del Derecho* (traducción de Fernando Atria y Samuel Tschorne) Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 124.

[18] Nino, *op. cit.*, p. 185.

conducta contraria es condición de un acto coactivo, pero cuando la sanción no se dirige contra la persona que realizó el acto ilícito sino hacia una tercera persona, con la que existe alguna relación, entonces se utiliza el término de responsabilidad: "El individuo contra el que se dirige la consecuencia del ilícito responde por el delito, es jurídicamente responsable de él".[19] Así, cuando la sanción se dirige contra la persona que realizó el acto ilícito, se dice que tiene una obligación y por lo tanto este término y responsabilidad son idénticos. En el segundo caso la responsabilidad se aplica a un individuo diverso del que cometió el acto ilícito, de tal manera que la persona que es responsable, no puede ni suscitar ni evitar con su propia conducta, la sanción. Ejemplo del primer tipo es la responsabilidad penal y del segundo la responsabilidad civil, donde se suele responder por el acto ilícito ajeno. Es decir para Kelsen la responsabilidad implica una relación jurídica de un individuo contra la cual se dirige una sanción, ya sea por un delito que él mismo ha cometido o que ha realizado un tercero. Con relación a lo anterior, ya hemos visto como McCormick ha tratado de explicar esta modalidad de responsabilidad estableciendo una obligación de cuidado implícita cuando las consecuencias jurídicas se imponen a una persona distinta de la que materialmente realizó la conducta.

6. Como factor causal.

Dentro del ejemplo general propuesto por Hart, encontraríamos esta significación del término responsabilidad en las siguientes secciones: "Pero, en su último viaje se

[19] Kelsen, *op. cit.*, p. 133

embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba... El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco...", es decir se emplea el sentido del término para hacer referencia a que algún hecho o acto ha sido la causa de otro, ya sea por un individuo, por un proceso, o por una cosa. Como lo enfatiza Nino, sólo cuando se está en presencia de una persona implica algún reproche moral y tendría repercusiones para esa persona, en cambio cuando esos eventos son sucesos de la naturaleza en donde estaríamos ante un caso fortuito, donde no existe responsabilidad alguna, aunque la historia del Derecho nos muestra cómo en ocasiones se intentó hacer responsables a cosas o fenómenos naturales, o a otros seres vivos de los actos producidos en perjuicio de otras personas.[20]

7. Responsabilidad en los distintos ámbitos del Derecho

De lo que hemos expuesto en las líneas anteriores, podemos apreciar la relación estrecha que tiene el término en estudio, por lo que hace a su significación gramatical con la jurídica y además por lo que se refiere a esta última, con el lenguaje moral o incluso político, en donde en todos ellos, se hace referencia a la respuesta especial que se da frente a acciones producidas por los individuos y que se consideran por regla general en violación de un deber.

De ahí el que también nos podamos explicar la razón de la importancia para la existencia misma de cualquier sistema jurídico, así como la necesidad que resulta aden-

[20] Nino, *op. cit.*, p. 186.

trarse en el estudio de este término, ya que constituye el concepto indispensable para poder atribuir consecuencias jurídicas a los distintos sujetos del Derecho, así como para poder discernir a quiénes se les puede excluir de ellas. Por ello se desprende su necesaria vinculación con otros conceptos de los cuales no puede ser separado, tales como competencia, imputabilidad, obligación, dolo, culpa, factor causal, etcétera, de tal manera que su análisis no sólo es necesario para la Teoría del Derecho, sino para las distintas ramas de la ciencia jurídica.

Prueba de lo anterior lo constituyen los trabajos que a continuación se exponen, en donde juristas italianos y mexicanos, de dos instituciones prestigiadas, como lo son el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa y de la Escuela Libre de Derecho, nos explican cómo se aplica el término "responsabilidad" en las distintas ramas de estudio que constituyen su especialidad. Particularmente el objeto de su análisis se centra en la responsabilidad de los jueces, de los funcionarios públicos, o de diversos profesionistas de gran impacto social como lo pueden ser los médicos o los abogados, temas y problemas que abarcan aspectos sensibles de la sociedad contemporánea.

Cabe decir por lo que se refiere a los jueces y en general a los distintos integrantes de todo poder judicial contemporáneo, actúan dentro de un esquema normativo que se ha vuelto complejo e incierto, lo que se traduce en la dificultad que tienen no sólo de coordinar los distintos ordenamientos nacionales que se localizan en diferentes niveles (federal, estatal, regional o municipal) sino que se agrega también la normatividad internacional, complicando el cumplimiento del deber de decidir de acuerdo a la norma exactamente aplicable a los casos que se les presentan. Así, los riesgos de errores por parte de los órganos

jurisdiccionales se ha incrementado considerablemente en perjuicio de los sujetos gobernados, lo que constituye una fuente de responsabilidad judicial, la que debe ser normada por el Derecho, sin que destruya las debidas garantías de independencia e imparcialidad con las que debe contar.

Asimismo, la adecuada actuación de los servidores públicos constituye la premisa fundamental para el desarrollo de un estado de derecho, y su debida existencia, por lo que es necesario establecer un adecuado marco normativo de responsabilidad por los daños que llegue a producir la Administración Pública.

Por otro lado, la actividad de los médicos se encuentra inmersa en el contexto del derecho fundamental a la salud, reconocido no sólo por los textos sino por los tribunales constitucionales modernos, de tal manera que pudiéramos decir que cuando no se lleva a cabo correctamente, genera el prototipo de la responsabilidad profesional civil de los tiempos actuales. La meticulosa actividad de estos profesionistas, quienes se ayudan con el uso de modernas tecnologías, muchas de ellas de carácter experimental, en un afán de cumplir con los fines de la ciencia médica, alimenta siempre una dialéctica constante, entre ejercicio profesional y responsabilidad civil, que vuelve discutible el problema de cuándo se está cumpliendo con esos propósitos y cuándo no, lo que genera responsabilidad. Lo mismo sucede con los abogados, dentro de una visión moderna y dinámica de su profesión, que reviste un rol significativo en el plano social, que les impone no sólo una debida capacitación técnica, sino también un adecuado deber ético en su actuación, cuya violación también determina la génesis de una responsabilidad de tipo deontológico.

Los trabajos siguientes buscan analizar la responsabilidad del juez en tres aspectos: en primer lugar, dentro de la

historia del derecho, después en el derecho constitucional y por último, en el derecho penal. En el primero y por lo que toca a los maestros pisanos Petrucci y Landi, se inicia con el examen de las medidas disciplinarias que estuvieron vigentes en el derecho romano, cuando existía corrupción, o se dictaban resoluciones violando la ley, o sin tomar en cuenta la litis expuesta, o por error o culpa (*litem suam facere*). Asimismo se analiza cómo estas normas fueron el fundamento sobre el cual evolucionó la responsabilidad en el llamado Derecho Común, específicamente cuando el órgano jurisdiccional estaba constituido por un funcionario inexperto en materia jurídica y por lo tanto debía buscar el auxilio de un jurista para encontrar la solución correcta al caso que se le planteaba. De esta manera se daba una sobre posición de la actividad jurisdiccional, que constituía siempre un mecanismo colegiado. En la parte mexicana del contenido histórico de estos artículos, a cargo de los profesores De Icaza y Salazar, se realiza un estudio sobre la responsabilidad que se dio en los funcionarios durante el periodo virreinal en México, particularmente a través de los tres procedimientos más importantes como lo fueron el de la visita, el de la pesquisa y el de la residencia.

La responsabilidad de los jueces en el derecho constitucional se analiza por los profesores Romboli, Vázquez y Minutti, partiendo de la idea que la imagen de estos funcionarios se ha visto transformada radicalmente en los últimos tiempos, ya que han pasado del viejo tópico del que eran simplemente la boca de la ley y por ello, aplicadores mecánicos de una voluntad de legislador, hacia su transformación a un juez "creativo" del Derecho. Se procede después a una exposición crítica de los diversos ámbitos de responsabilidad judicial en ambos ordenamientos, abarcando sus distintas especies, como puede ser la responsabilidad política, la profesional o civil, entre otras, dando particular atención a sus fundamentos, procedimientos y a las diversas sanciones. En el ámbito italiano, se prestará especial atención a la influencia que ha tenido dicha regulación por parte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea y en el marco mexicano, se resaltarán los defectos que presenta actualmente el esquema constitucional de responsabilidad judicial, lo que debe subsanarse para mejorar el estado de derecho.

En otra sección de los trabajos, dedicada a la materia penal, se examina por un lado la responsabilidad en el campo de la medicina, a cargo del maestro italiano De Francesco, tema que ha sido objeto de particular profundización tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de ese país, sobre todo, en la temática de la actividad del médico cirujano y los problemas de la causalidad y de la culpa en el proceso terapéutico, resaltando la necesidad de establecer un adecuado balance entre el ejercicio de la actividad profesional y la generación de responsabilidades por dicho ejercicio. De igual manera se examina por parte del profesor mexicano Hernández-Romo Valencia, algunos supuestos que en la legislación de nuestro país exonera de responsabilidad a los jueces, lo que no tiene un adecuado sustento constitucional y por lo tanto incide en una inadecuada regulación de esta figura.

En la parte dedicada al derecho administrativo, se analiza la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos desde la misma doble óptica italiana y mexicana a cargo de los maestros Giomi y Sepúlveda. En el primer estudio, se hace una diferencia entre la responsabilidad civil de la Administración Pública por los daños causados a terceros, y por el otro, las afectaciones causadas a la propia Administración Pública, en donde existen tribunales espe-

cializados para hacer exigibles dichas responsabilidades, ya que en el primer supuesto la competencia recae en jueces administrativos y en el segundo a un tribunal de cuentas. Por el contrario, el estudio que realiza el maestro mexicano, se centra en cómo la responsabilidad administrativa de los servidores públicos implica también una violación en los derechos humanos, de tal manera que existe un estrecho vínculo entre el control de la legalidad administrativa y el respeto a esa categoría de derechos, lo que se ve reforzado por las últimas reformas en esta materia en la Constitución mexicana.

En el campo de la responsabilidad civil de los médicos, los artículos a cargo de los profesores Giardina y Martínez García de León, resaltan el carácter prototípico de este tipo de responsabilidad en el ámbito privado, conservando en principio su naturaleza contractual, pero en aras de una mejor protección a los pacientes, se ha venido modificando drásticamente este régimen, para incluir aspectos de responsabilidad extracontractual. Por ello, en Italia ha cobrado mayor relevancia dicho tipo de responsabilidad, mediante la creación de lo que se identifica como "contrato social cualificado". En cambio, en el aspecto mexicano el derecho civil se ha visto influenciado por la teoría de los derechos humanos y del derecho administrativo, para imponer a los médicos obligaciones de derecho público que afectan su responsabilidad, de tal manera que ahora resulta irrelevante la celebración o no de un contrato de prestación de servicios, ya que finalmente subsiste una obligación de procurar la máxima diligencia y cuidado a los pacientes.

Por último se analiza el tema de la responsabilidad deontológica de los abogados, que también en los tiempos recientes ha cobrado especial relevancia y donde existen

fuertes puntos de contacto en los ordenamientos italiano y mexicano. Los trabajos que se exponen corren a cargo de los profesores Cerri y Betanzos, quienes resaltan el papel de estos profesionistas en las sociedades contemporáneas, por lo que deben ser tratados tomando en cuenta las funciones y responsabilidades éticas que manejan, de tal manera que su regulación por el Derecho no debe basarse exclusivamente en su interés personal y económico, sino dentro del marco de consideraciones de justicia, entendida ésta como un bien común. Por ello, en el trabajo italiano se analiza particularmente la problemática de la publicidad de los abogados, así como las limitaciones que debe tener, con base en consideraciones de equidad, mientras que para México se exponen las razones que han llevado a plantear la necesidad de establecer la colegiación obligatoria, a fin de garantizar a la sociedad un ejercicio ético y responsable de la profesión en aras de ese ideal de justicia.

En fin, esperamos que con los trabajos que se exponen a continuación, los juristas y el público en general puedan conocer de mejor manera cómo se aplica este concepto de responsabilidad en ambos países, y cómo el mismo está contribuyendo a modificar esquemas jurídicos tradicionales en busca de una mejor regulación social, que permita vislumbrar también la modificación de este mismo concepto.

Por último, sólo nos resta agradecer encarecidamente las traducciones realizadas de todos los resúmenes de los trabajos, al maestro de la Escuela Libre de Derecho, Eber Omar Betanzos Torres.

III. Historia del Derecho

CONTROL Y RESPONSABILIDAD DE LOS OFICIALES REALES EN INDIAS

FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR*
JUAN PABLO SALAZAR ANDREU**

RESUMEN: Unos de los principales problemas a los que se enfrentó en las Indias la Monarquía Española, fue el del control de los oficiales reales y el combate a la corrupción, cuya causa fue la enorme distancia que mediaba entre la Corte y los territorios americanos, para ello, trasladado a las Indias los antiguos procedimientos previstos en la legislación de Castilla, básicamente en las Siete Partidas, cuya fuente principal fue el IUS COMUNE. Estos procedimientos fueron las pesquisas, las visitas y las residencias, que si bien tuvieron escasa eficacia, constituyeron una importante fuente para el conocimiento de la problemática indiana y sus soluciones en la legislación.
PALABRAS CLAVE: Control oficiales reales. Pesquisas. Visitas y residencias.

ABSTRACT: Uno dei principali problemi che ha affrontato la Monarchia Spagnola nelle Indie è stato il controllo degli "ufficiali reali" e la lotta alla corruzione, la cui causa è stata l'enorme distanza esistente tra la Corte e i territorio americani; perciò trasportato nelle Indie gli antichi procedimenti previsti dalla legislazione di Castiglia, basicamente le "Siete Partidas" la cui fonte principale era lo IUS COMUNE. Questi procedimenti erano le perquisizioni, le visite e le residenze, che nonostante aves-

* Profesor de Historia del Derecho Patrio en la Escuela Libre de Derecho.
** Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla.

sero scarsa efficacia, hanno costituito una importante fonte di conoscenza per la problematica indiana e le sue soluzioni nella legislazione.

PAROLE CHIAVI: Controllo ufficiali reali. Perquisizioni. Visite e residenze.

SUMARIO: I. *La Pesquisa.* 1. *Introducción.* 2. *La pesquisa.* II. *La Visita.* 1. *Antecedentes y Concepto.* 2. *Clases de visitas* 3. *Perfil del cargo de visitador.* 4. *Duración de la visita.* 5. *Su eficacia.* 6. *Particularidades:* A) *Costo de la visita.* B) *Séquito del visitador.* C) *Objeto de las visitas.* 7. *Las visitas en Indias.* a) *Fundamento Jurídico.* b) *Competencia* c) *Iniciación.* d) *Publicación.* e) *Recusación.* f) *Notificación.* g) *Demandas Públicas.* h) *Sumaria.* i) *Envío de la documentación al Consejo de Indias.* j) *Sentencia del Consejo.* III. *Las Residencias.* 1. *Introducción.* 2. *Procedimiento.*

I. LA PESQUISA

1. *Introducción*

Incorporados los Reinos de Indias al reino de Castilla, el derecho y las instituciones jurídicas de éste fueron trasplantadas a los territorios descubiertos por Colón y ante una realidad tan distinta como era la existente entre los nuevos territorios y la vieja España, debió surgir un nuevo derecho al que denominaron indiano, acorde con las realidades existentes en el Nuevo Orbe.

Entre las muchas instituciones trasplantadas a Indias se encontraban los procesos previstos por la vieja legislación de Castilla para el control y responsabilidad de los jueces, corregidores y demás oficios de provisión real, como eran las pesquisas, las visitas y los juicios de residencia. A los fines del medievo, cuando acaeció el descubrimiento de América, aquellos procesos de secular raigambre castellana tomaron una mayor e importante vitalidad, por una parte a consecuencia de la inmensa distancia y las dificultades

de comunicación entre la corte de Madrid y sus territorios ultramarinos y por otra, la necesidad de un control efectivo de los oficiales del rey y la represión de los abusos que les fueren imputables, todo lo cual vino a provocar una abundante y novedosa regulación de estos procesos en Indias, cuyo fundamento se encuentra en la obligación del príncipe de gobernar en justicia y particularmente, "ver y procurar que sus súbditos no sean agraviados, ni maltratados por los Jueces y Oficiales que les han diputado para que los librasen de estos agravios y vejaciones".[1]

2. *La pesquisa*

De los medios de control político-jurídico del poder enunciados, el más antiguo es el de la pesquisa, cuyos orígenes se remontan a la Monarquía Gótica, cuya principal obra legislativa, el *Liber Iudiciorum,* en el Libro II, tit.I, 29 y 30, trata de la responsabilidad de los jueces cuando causan daños, "faga enmienda tal por el danno é por el tuerto que fizo, cuemo él devie constreñir a otri que fiziese tal cosa" y su evolución continúa a todo lo largo de la Edad Media, fincándose responsabilidad a los corregidores y más tarde a todos los cargos públicos. La moderna reglamentación de la pesquisa la encontramos en el título XVII de la Tercera Partida, la cual tendría vigencia en Indias. El análisis de la pesquisa no puede limitarse al estudio dogmático de los textos jurídicos en los siglos anteriores al descubrimiento y conquista de América, sobre todo porque la mayoría de las instituciones jurídicas transplantadas del Viejo al Nuevo Mundo, tuvieron utilidades prácticas distintas, además

[1] Solórzano y Pereyra Juan de. *Política Indiana.* Corregida, e ilustrada con notas por el licenciado Francisco Ramiro de Valenzuela. Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid, 1972, 5.10.11.

de haber seguido derroteros institucionales que permitieron el desarrollo de nuevos esquemas de interpretación jurídica.

Desde el punto de vista de la historiografía jurídico-formal, la pesquisa ha sido considerada como una institución bastante similar a la "visita", aunque su enfoque, a menudo, era mucho más limitado por no consistir en un encargo general de verificar la actuación de la persona o del cuerpo materia de la pesquisa, sino por limitarse ciertas acusaciones y sospechas muy concretas. La pesquisa además, a diferencia de la visita, acarreaba la suspensión del interesado en el ejercicio de su cargo hasta haberse finiquitado el procedimiento.[2] El Fuero Real establecía con toda claridad la facultad del rey para mandar hacer pesquisa de cualquier género (4.20.12) y las Leyes de Estilo (Ley 51) prescribían que el rey" sobre sus oficiales ...puede mandar hacer pesquisa... "maguer que querelloso nenguno no haya".

No nos detendremos en explicar los fines y objetos de la institución de la visita, toda vez que estos serán expuestos en la parte correspondiente, sin embargo, es importante señalar como punto de partida, el echo de que la visita funcionó en el derecho indiano como un medio de inspección y verificación del correcto desempeño de las funciones de un oficial real, siempre y cuando mediara una sospecha fundada o alguna denuncia de ilicitud o corrupción en el desempeño de sus labores. De aquí, la gran diferencia con la pesquisa, en la que el punto u objeto elucidado en la investigación del juez pesquisidor se concretaba, en la gran mayoría de los casos, a un acto o actos determinados y en consecuencia, no se veía obligado a analizar en su totalidad las actividades del oficial real. Sin embargo, resulta aventurado hablar de un grado importante de diferencias entre la visita y la pesquisa, pues en realidad las funciones y procedimientos seguidos en ambos procesos fueron prácticamente los mismos.[3]

[2] Tamar Herzog, *Ritos de control, prácticas de negociación: Pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)*, Madrid, Fundación Hernando de Larramendi, 2004, p. 6.

Las Partidas (3.1.17.) distinguieron tres clases de pesquisas, estas eran: pesquisa general, aquella que se efectuaba sobre todos o parte de los habitantes de un lugar y sólo podía ser ordenada por el rey; pesquisa especial, se llevaba a cabo sobre presuntos delitos de hombres de mala fama y sospechosos de delitos cometidos de los que se desconoce su autoría; y la pesquisa voluntaria, que se da cuando las partes se avienen en que el rey haga pesquisas.

II. LA VISITA

1. *Antecedentes y Concepto*

Las visitas encuentran sus orígenes en el Derecho Canónico, que preveía la fiscalización de los obispos en sus respectivas diócesis. En las Cortes de Toro de 1371, Enrique II de Castilla creó el cargo de visitador, cuyo titular debía ser un hombre bueno para el control de adelantados, merinos y corregidores. Según advierte Antonio Muro Orejón, esta institución castellana surgió en el Nuevo Mundo cuando Cristóbal Colón, cuestionado por su gobierno en La Española, pidió a los Reyes Católicos el envío de un pesquisidor o visitador para examinar y comprobar su actuación

[3] Para mayor informarción sobre los aspectos técnico-jurídicos de la pesquisa, los cuales no seran analizados, es recomendable la consulta de la obra de: González Alonso B, "Control y responsabilidad de los oficiales reales. Notas en torno a una pesquisa del siglo XVIII" en *Sobre el estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen. Las comunidades de Castilla y otros estudios*, Madrid, Siglo XXI, 1981, pp. 141-201.

gubernativa en la Isla y para tales fines fueron nombrados Juan de Aguado (1493) y Francisco Bobadilla (1499).[4]

La visita puede definirse como un procedimiento extraordinario que se efectuaba cuando existían sospechas o denuncias en contra de un oficial real o un grupo de ellos, sin detener o interrumpir sus labores cotidianas, con el propósito de evaluar si sus actuaciones se apegaban a los lineamientos marcados por la Corona. En consecuencia, la inspección era un ingrediente fundamental de la visita, según Pilar Arregui Zamorano.[5] Dichas inspecciones podían llevarse a efecto en forma pública o secreta, según lo exigiera el caso, con el fin de detectar el grado de cumplimiento de las funciones, de acuerdo con Dougnac.[6]

Otra característica propia de la visita era el factor sorpresa, toda vez que podía verificarse en cualquier momento, ya fuera en el inicio, en el ecuador o al finalizar las tareas burocráticas, se daba cuando surgía cualquier sospecha o se tenían noticias de un mal comportamiento. En consecuencia, por su propia naturaleza la visita era imprevisible.[7] También era característico de las visitas el echo de que el visitado no fuera interrumpido en el ejercicio de sus funciones en tanto se desahogaba el proceso, el cual, muchas veces se desahogaba en secreto, a diferencia de las pesquisas que suspendían al sujeto en sus funciones hasta la terminación del procedimiento, además, muchas veces el propio visitado no se percataba que el motivo del procedimiento era él mismo. En realidad las visitas fueron una derivación de la pesquisa, pues ambas eran procedimientos de control político y jurídico, cuya finalidad principal era reunir información por medio de una inquisición o investigación sobre el comportamiento de un oficial en el ejercicio de sus funciones. En realidad, ambos procesos no eran juicios, pues el visitador y el pesquisidor no juzgaban nada, su labor se limitaba a investigar, a reunir pruebas sobre el comportamiento de un oficial, formar un expediente con el resultado de sus investigaciones para remitirlo a la autoridad que lo había ordenado y que finalmente sería la encargada de juzgar y sentenciar sobre la actuación del sujeto.

[4] Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, Escuela Libre de Derecho, Miguel Ángel Porrúa Librero Editor, 2ª ed., México, 1989, p. 279.

[5] Arregui Zamorano, Pilar, *La Audiencia de México según los Visitadores (Siglo XVI y XVII)*, 2ª ed., UNAM, México, 1985, p. 54.

[6] Dougnac, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, 1ª ed., UNAM, México, 1994, p. 387.

[7] Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, Solana e hijos Impresores, 3ª ed., Madrid, 2003, p. 741.

Si bien, las visitas y las pesquisas como procedimientos extraordinarios que se ejecutaban cuando mediaban sospechas o denuncias por el mal desempeño de un oficial real en sus labores, guardan entre si grandes semejanzas, también tuvieron diferencias importantes, pues en tanto los objetivos de la visita eran la investigación de la conducta general del visitado, sin interrumpir sus tareas cotidianas, la pesquisa tenía un objetivo mucho más limitado, por tratarse de sospechas o denuncias sobre actos determinados y muy concretos, que provocaban la suspensión del sujeto en el desempeño de sus funciones, hasta la conclusión de la pesquisa

2. *Clases de visitas*

En su obra relativa a las visitas generales en la América Española (siglos XVI y XVII), don Ismael Sánchez Bella destaca como impreciso al término de visita general, toda vez que el concepto de visitador general era común aplicarlo a algunos visitadores enviados por el Consejo de Indias,

para indicar con ello que su jurisdicción era más amplia que la de un visitador particular. Además, el término visita general se aplicaba no sólo a las ordenadas desde la Península, sino también a las realizadas por los virreyes en los términos de su jurisdicción territorial y a las practicadas por los oidores en el distrito de su audiencia.[8]

De acuerdo con lo expuesto por Sánchez Bella, se hace evidente la existencia de dos tipos de visita: la general, caracterizada por abarcar varias instituciones y organismos de una jurisdicción; y la específica, cuyo rasgo distintivo era el comprender exclusivamente un solo órgano o a una institución de una determinada jurisdicción. Como ejemplo de visitas generales practicadas en Nueva España, encontramos las verificadas por Palafox (siglo XVII) y por José de Gálvez (siglo XVII) y de carácter especial, la realizada por Francisco Valles a la Real Hacienda novohispana en 1662, toda vez que su actuación versó exclusivamente sobre la materia económica.

3. *Perfil del cargo de visitador*

Los visitadores enviados por el Consejo de Indias a tierras americanas, en atención a las delicadas tareas que desempeñaban, debían contar con determinadas características de idoneidad, necesarias para ejecutar con éxito los deberes de su gestión.

El nombramiento del visitador general era decisión del rey en estrecha relación con el Consejo de Indias, además de ser de las confianzas del rey, de acuerdo con Castillo de Bovadilla, "han de ser varones temerosos de Dios, amadores de la verdad, enemigos de la avaricia, sabios, de buen linaje y letrados",[9] para con esos atributos enfrentar todas las vicisitudes que implicaba un proceso de tal naturaleza, que se desahogaba lejos de la corte, respecto de funcionarios poderosos, auxiliados con frecuencia por otros funcionarios y muchos interesados en solapar las conductas indebidas del visitado, que entorpecían el eficiente desempeño del visitador.

Cuando las visitas se practicaban en las sedes virreinales, el visitador general era escogido entre los más altos funcionarios indianos, preferentemente consejeros de Indias o inquisidores.[10] Evidentemente estos funcionarios contaban con el perfil idóneo para desempeñar un cargo de tanta responsabilidad, gozaban de una sólida formación jurídica, poseían energía y férreo carácter, además, su cercanía al rey y al Consejo de Indias, lo cual les permitía desempeñarse con seguridad y energía. Ejemplos de ellos lo tenemos en personajes tan importantes como Pedro Moya de Contreras, Juan de Palafox y Mendoza y José de Gálvez.

4. *Duración de la visita*

Por lo general, la duración de estos procesos solía ser prolongada, ya que implicaba la investigación del comportamiento de uno o varios individuos, por lo cual no es posible señalar una duración determinada para su substanciación, puesto que su duración dependía de la dificultad y complejidad del caso, en especial si comprendía asuntos relacionados con la Real Hacienda, por la minuciosidad

[8] Sánchez Bella, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991, pp. 16-17.

[9] Sánchez Bella, Ismael y coautores, *Historia del Derecho Indiano*, 1ª Edición, Editorial Mapfre, España, 1992, p. 240.

[10] Sánchez Bella, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991, p. 23.

que exigía la revisión de las cuentas. Es obvio que la mayor duración de la visita incrementaba sus costos y por tanto las erogaciones a cargo de la Real Hacienda, de aquí la preocupación de las autoridades por que la duración fuera lo más breve posible, para lo cual acostumbraban fijar un plazo de terminación. En los documentos oficiales relativos a la duración de las visitas específicas, las plazos señalados oscilaban entre los 50 y 120 días. Aunque también se menciona dos años. Dichos plazos aplican para un gobernador, una audiencia o una caja real.[11]

En cuanto a las visitas generales, su duración era más difícil de establecer, debido a la complejidad de los asuntos y a las tácticas jurídicas y no jurídicas empleadas por los visitados para demorar la terminación del proceso. Ejemplo de ello es la carta que Palafox dirigida al Rey en 1642, en donde sostiene que las más breves visitas generales duran entre diez y doce años y cinco años más tarde escribía que una visita sola, como las del Perú, de Quito y otras, habían durado dieciséis y veinte años.[12] ¿Porqué este cambio de parecer del Obispo-Visitador? El propio Visitador dio la respuesta en una misiva dirigida al Rey, el 2 de mayo de 1647 en la que denuncia la conducta corrupta del virrey Conde de Salvatierra:

> ... Que el Conde sirve, cuando no guarda Cédula que no sea de su satisfacción; que dilata el Visitador la Visita, cuando lo tiene sitiado y no le deja dar paso en ella y ha obrado más en seis años que en veinte otros Visitadores y Jueces: Y finalmente, que el Visitador sólo porque pide y trata del cumplimiento de lo que Vuestra Majestad y su Consejo ordena, es el embarazo del Reino, cuando sólo el Visitador y las Cédulas y lo que ordena Vuestra Majestad en todo el consuelo del Reino" prosigue "Aquí me tiene el Virrey en ésta ciudad Señor, como sitiado; si voy a México me arma la ciudad, si acuden a mi casa a quejarse los pobres, persigue a los que se quejan, si se presentan algunos testigos, a los que disponen deshonra, busca siempre a quien amparar contra mí, me ha nombrado dos Frailes.[13]

[11] *Ibidem*, p. 46.
[12] *Ibidem*, p. 48.

Si a estas maniobras del Virrey referidas por el beato Palafox, añadimos las cartas enviadas por las ciudades de Puebla y México a las autoridades reales sobre la presión ejercida por el Conde de Salvatierra para obligarles a recusar la visita, queda claro que el motivo principal por el que Palafox no pudo terminar la visita en siete años, obedece esencialmente a las trabas interpuestas por el Virrey. En consecuencia, el fracaso y la prolongación de esta visita, obedece a la trama urdida por las autoridades virreinales. [14]

En resumen, la duración de las visitas, tanto generales como especiales, era muy prolongada, no sólo por su complejidad, sino también por la obstrucción que hacían las autoridades visitadas.

5. *Su eficacia*

En relación con la eficacia de las visitas, Sánchez Bella apunta que:

> "El sistema de control de los funcionarios de Indias, los Juicios de Residencia y las Visitas, mostró mayor eficacia de lo que se piensa. Además de que la continua presencia de éste tipo de Jueces en las Indias producía un saludable temor... También las Visitas a los Tribunales y a las Cajas Reales mostraron su eficacia. Los abusos de los funcionarios de cualquier rango, fueron castigados y sirvieron para numerosas disposiciones correctoras.

[13] Carta del Obispo-Visitador al Rey (Salazar Andreu, Juan Pablo), *Manuscritos e impresos del Venerable Señor Don Juan de Palafox y Mendoza*, 1ª ed., Editorial Everest, España, 2000, p. 392.
[14] *Ibidem*, pp. 20-21.

Además fruto de las Visitas, era una valiosa información al Rey y al Consejo, más independiente de los intereses materiales de los gobernantes indianos".[15] Es decir, para mi maestro tanto la Visita como el Juicio de Residencia fueron medios de control político-jurídico eficaces.

Para José Antonio Escudero su percepción es:

No han faltado Juicios de tono negativo, referidos en este caso al desconocimiento de la situación real de los problemas indianos en quienes llegaban desde España a entender de ellos, en su excesivo costo, larga duración, conflictos que suscitaron y parvedad de los resultados efectivamente obtenidos. La revisión de éstas críticas ha permitido no obstante a Sánchez Bella reivindicar la eficacia de la Visita en Indias.[16]

En síntesis, en el periodo de los Austria algunas visitas especiales y otras Generales fueron exitosas y otras lamentablemente fracasaron, como el caso de la visita general practicada por el beato Palafox. Aparte del problema mencionado por Escudero, relativo a la falta de visión de algunos visitadores, es menester señalar que en el Consejo de Indias en muchas ocasiones no se comprendía a fondo las opiniones y veredictos que desde tierras americanas, expresaban estos sufridos funcionarios que padecían un acelerado desgaste jurídico y político desde el inicio de la visita. Así pues, la eficacia de las visitas (generales y específicas) en el periodo de los Austria es de claroscuros y de medianos logros. En cambio en el periodo de los Borbones se observa una mayor eficacia de las visitas y mejores resultados del trabajo de los visitadores (generales y es-

[15] Sánchez Bella, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991, p. 243.

[16] Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas,* Solana e hijos Impresores, 3ª ed., Madrid, 2003, p. 742.

peciales) en atención al notable apoyo que recibieron de las autoridades peninsulares, así como a la fortaleza de las facultades que se les concedieron para llevar a buen puerto sus quehaceres.

6. *Particularidades*

En este punto se abordarán los aspectos principales de las visitas generales, tales como: su costo, el séquito del visitador y el objeto que las motivaba.

a) *Costo de la visita*

Indudablemente para las arcas reales los costos que suponía una visita general o específica eran muy altos, no sólo en lo relativo a los salarios del visitador y su séquito, sino también a las erogaciones que realizaban los visitados. Para darnos una idea de los elevados costos que implicaban, recordemos como ejemplo el tiempo y las sumas señaladas por Sánchez Bella, cuando comenta que la visita general de Mañosca al Reino de Quito tuvo una duración de trece años y un costo de 66,878 pesos y que en su relación de gobierno el virrey del Perú Conde de Chinchón, menciona que los gastos de la visita a la Audiencia de Lima y demás tribunales de su distrito, además de las audiencias de Quito y Charcas rebasaron los 300, 000 pesos.[17]

El salario del visitador aunque era muy variable, no excedía de 6000 ducados anuales, y el de sus colaboradores tales como: escribano, alguacil y contadores de cuentas, cuando estos eran necesarios, se pagaban en primer

[17] Sánchez Bella, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991, p. 150.

lugar de las condenaciones que fuera haciendo el visitador y, subsidiariamente de los gastos de justicia; sólo, en última instancia podía pedirlos de los fondos de la Caja Real del territorio donde se llevaba a cabo la visita.[18] En el siglo XVII se les pedían donativos. No se puede pasar inadvertido, el hecho de que los visitados erogaban fuertes sumas de dinero para su defensa. Tal es el caso del virrey Conde de Salvatierra en la Nueva España que con el propósito de bloquear la visita general de Palafox, tan solo en pleitos gastó la elevada suma de 200, 000 pesos.[19]

b) *Séquito del visitador*

El número de integrantes del séquito que acompañaba a los visitadores era variable, de acuerdo con la categoría y riqueza del designado, así por ejemplo, el 18 de marzo de 1639, don Juan de Palafox y Mendoza, distinguido prebendo, amigo del rey y miembro de una ilustre familia fue designado visitador general del Reino Novohispano y una vez recibidas las instrucciones por parte del Conde-Duque de Olivares, el también obispo de Puebla de los Ángeles y juez de residencia se trasladó a las Indias con un nutrido séquito de cincuenta criados, contándose entre ellos algunos familiares.[20]

En el periodo de los Borbones, José de Gálvez en su famosa e importante visita al norte novohispano, tuvo un séquito integrado con un gran número de funcionarios reales, tan destacados como: Francisco Javier Machado,

[18] *Ibidem*, pp. 150-151.

[19] Salazar Andreu, Juan Pablo, *Manuscritos e Impresos del Venerable Señor Don Juan de Palafox y Mendoza*, 1ª ed., Editorial Everest, España, 2000, p. 19.

[20] Salazar Andreu, Juan Pablo, *Obispos de Puebla de los Ángeles en el periodo de los Austria (1521-1700). Algunos aspectos políticos y jurídicos*, 1ª ed., Editorial Porrúa, 2005, p. 195.

como secretario general de la visita y pasó a serlo del Virreinato tiempo después; a Juan Antonio Valera, Fernando José Mangino, Juan Manuel de Viniegra, Francisco Corres, Benito Linares y Juan Antonio Gómez de Argüello, a José Miguel de Azanza, oficial mayor de la Dirección de Temporalidades (más adelante virrey de la Nueva España); Pedro Corbalán, alcalde mayor de Taxco; el jurista Eusebio Ventura Beleña, quien se desempeñó como juez de Testamentos, Capellanías y Obras Pías del Obispado de Puebla de los Ángeles, Juan José de Echeveste y Matías de Armona, que fueron respectivamente tesorero y contador, de la renta del tabaco. Para las acciones represivas de índole castrense, el visitador se apoyó en la persona del teniente general Juan de Villalba. Otro militar que gozó de las confianzas de Gálvez, fue el prestigiado Coronel Domingo Elizondo.[21]

c) *Objeto de las visitas*

En el periodo de los Habsburgo, el objeto de las visitas generales, de acuerdo con Sánchez Bella se centró principalmente en el desempeño de las cajas reales y de las reales audiencias. Como señala Pilar Arregui, la preocupación de los austrias por la buena administración de justicia, los condujo a ordenar numerosas visitas, tanto a las audiencias peninsulares como a las indianas.

Ismael Sánchez Bella, calcula que el número de Visitas practicadas a las Audiencias Ultramarinas, excluyendo a Filipinas, fueron al menos 44:

[21] Del Río, Ignacio, "Autoritarismo y locura en el Noroeste Novohispano. Implicaciones políticas del enloquecimiento del Visitador General José de Gálvez" en *Estudios de Historia Novohispana*, edición única, Tomo 22, UNAM, México, pp. 111-138.

Santo Domingo: 1570, 1580, 1594, 1602, 1630 y 1635.
Guatemala: 1587, 1593, 1623 y 1699.
Panamá: 1585, 1614, 1632, 1645 y 1658.
Lima: 1559, 1578, 1591 (continuada en 1602, 1632 y 1635) y 1662 (continuada en 1675).
Santa Fe: 1568, 1578 (continuada en 1582), 1602 (continuada en 1604 y 1607), 1630, 1657 y 1692.
Charcas: 1570, 1582, 1590, 1596, 1609, 1639, 1647 y 1662.
Quito: 1587, 1592, 1625 y 1679.
En el caso concreto de Nueva España, de conformidad con los datos proporcionados por Pilar Arregui, destacan los siguientes:
Primera: Francisco Tello de Sandoval (1543).
Segunda: Jerónimo de Valderrama (1563).
Tercera: Pedro Moya de Contreras (1582).
Cuarta: Diego Landeros de Velasco y Juan de Villela (1606).
Quinta: Martin Carrillo (1626).
Sexta: Beato Juan de Palafox y Pedro de Gálvez (1639).[22]
Faltarían datos acerca de visitas a las audiencias de Nueva Galicia, Santo Domingo, Charcas, Panamá y Chile durante el último tercio del siglo XVII.[23]

Resulta evidente que para el Consejo de Indias las visitas generales, en las que se incluyen las realizadas a las audiencias americanas, fueron enfocadas preponderantemente al ámbito de la justicia y la gobernación, sin que esto quiera decir que el aspecto económico no fuera tomado en cuenta, sobre todo en un periodo en que las Arcas Reales demandaban fuertes envíos de plata por causa de las constantes guerras.

Con el advenimiento de la nueva dinastía al trono español al iniciar el siglo XVIII, las visitas generales se caracterizaron por sus objetivos preponderantemente económicos, por ser el aumento de la riqueza una de las finalidades preponderantes de las monarquías ilustradas.

[22] Arregui Zamorano, Pilar, *La Audiencia de México según los Visitadores (Siglo XVI y XVII)*, 2ª ed., UNAM, México, 1985, p. 267.

[23] Sánchez Bella, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991, pp. 50-51.

Entre las visitas más importantes de este periodo destacan las siguientes:

Visita general de Francisco Pagave (1710-1715) enfocada a la Real Hacienda novohispana.[24]
Visita general de Francisco de Garzarón (1716-1727), caracterizada por su severidad, toda vez que once integrantes de la Real Audiencia de México fueron suspendidos por éste enérgico visitador cuyo perfil era de un verdadero inquisidor y resultó premiado como obispo de Oaxaca al concluir sus quehaceres, pero la muerte le impidió asumir el cargo. El virrey Marqués de Valero, posteriormente presidente del Consejo de Indias, no pudo obstaculizar el desarrollo de esta severa visita general.[25]
Visita general de Pedro Domínguez de Contreras (1729-1733), cuyo objeto fue esencialmente económico pese a ser una continuación de la de Garzarón, toda vez que inspeccionó el estado que guardaba la Real Hacienda novohispana.[26]
Visita general de José de Gálvez (1765-1771). Enfocada a la Real Audiencia de México y esencialmente a estudiar el estado general que guardaba el Virreinato, con el fin de introducir el régimen de intendecias y por ende el fortalecimiento de las finanzas públicas. A los cuatro años de finalizada la visita a Nueva España, Gálvez se convirtió en Ministro Universal de las Indias y consiguió finalmente, implementar las reformas borbónicas en ese Reino.[27]

[24] *Vid.* Gómez Gómez, Amelia, *Visitas de la Real Hacienda Novohispana en el reinado de Felipe V*, 1ª ed., Ediciones Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1979, p. 273. En esta obra la autora refiere que Pagave vino a Nueva España con un séquito de seis criados, un salario de 6000 ducados anuales y destaca su Visita a las Cajas Reales de Zacatecas, Durango, Guadalajara y Guanajuato.

[25] Aguirre Salvador, Rodolfo, *El mérito y la estrategia. Clérigos, Juristas y Médicos en Nueva España*, 1ª ed., Ediciones UNAM, Plaza y Valdez, México, 2003, pp. 400-402.

[26] *Vid.* Navarro García, Luis, *América en el siglo XVIII. Los primeros Borbones*, 1ª ed., Ediciones Rialp, España, 1983, p. 816.

[27] Sanciñena Asurmendi, Teresa, *La Audiencia de México en el reinado de Carlos III*, 1ª ed., Ediciones UNAM, México, 1999, pp. 16-18.

7. *Las visitas en Indias*

a) *Fundamento Jurídico*

Con anterioridad a la famosa Recopilación de Indias, la visita no aparece regulada en ninguno de los ordenamientos legales indianos, ni en la literatura jurídica práctica de derecho procesal, existían disposiciones dispersas sobre visitas realizadas a la Casa de Contratación de Sevilla, a las flotas de Indias, a los Tribunales Ultramarinos y alguna más, las cuales fueron recogidas por Antonio de León Pinelo (1633) y de ahí pasaron a la Recopilación de 1680. Bajo el epígrafe De los Visitadores Generales y particulares, cuarenta y siete leyes conforman el Título 34 del Libro II de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias. Con auxilio de las notas de Manuel José de Ayala, ha sido posible encontrar con facilidad la mayor parte de textos legales utilizados por los recopiladores, también en la práctica, los visitadores apoyaban sus actuaciones con la ayuda de normas no recopiladas, comisiones dadas a dichos funcionarios, su correspondencia y los propios documentos de aplicación del Derecho.[28]

El 19 de octubre de 1588, Felipe II dio en San Lorenzo del Escorial varias disposiciones destinadas a regular las relaciones entre los visitadores y los virreyes. Conforme a ellas, el virrey tenía obligación de proporcionar al visitador todos los documentos, libros, informes y auxilio que requiriera para el eficiente desempeño de su cometido. No debía entorpecer ni estorbar de ninguna forma sus trabajos. Debía permitirle el acceso a las audiencias públicas, así como a los acuerdos de la real audiencia, sin derecho

[28] Sánchez Bella, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991, pp. 55-56.

a voto y debía ocupar el primer lugar a la izquierda del virrey.[29]

b) *Competencia*

En esta cuestión era uno de los aspectos más controvertidos de las visitas, toda vez que las autoridades indianas con frecuencia descalificaban los trabajos del visitador, especialmente objetando sus facultades en las comisiones. En muchas ocasiones, en el desarrollo de la visita se plantearon cuestiones de competencia, mismas que el visitador consultaba al monarca.[30]

c) *Iniciación*

La visita se podía iniciar incluso encontrándose el visitador en tierras peninsulares, previo embarco hacia América. Se consideraba secreto el carácter de las visitas con el propósito de que tuviera mayor efectividad, debido al factor sorpresa, aunque en la práctica, en muchas ocasiones no fue así. [31]

d) *Publicación*

Cuando el visitador llegaba al territorio asignado para ejercer su cargo era recibido por las autoridades con la mayor solemnidad, toda vez que era un enviado del rey. Acto seguido de su traslado, le era proporcionado alojamiento junto con todo su séquito y una vez instalado, se pasaba a

[29] Rubio Mañé José Ignacio. *El Virreinato. Orígenes y jurisdicciones, y dinámica social de los virreyes.* Fondo de Cultura Económico, UNAM, 2ª ed., México, 1983, T. I. p. 89.

[30] Sánchez Bella, *op. cit.*, pp. 56-63.

[31] *Ibidem*, pp. 64-66.

la publicación de la visita. La obligación de realizarla era establecida en una Real Cédula que se le entregaba al visitador al realizar su designación. En el caso del virreinato del Perú se fijaba un edicto, se hacía la publicación a viva voz mediante un pregonero y se debían remitir testimonios de haberse llevado a cabo dichas actuaciones.[32]

e) *Recusación*

Si existía causa justa,[33] el visitador podía ser recusado desde el momento en que se hacía público su nombramiento, incluso se llegó al extremo de manipular las recusaciones, como fue en el caso de Salvatierra-Palafox, en la que el Virrey presionó a los cabildos de las ciudades de México y Puebla para que recusasen la visita, circunstancia que fue denunciada por ambas ciudades ante el rey y el Consejo de Indias.

f) *Notificación*

En el caso de que alguna autoridad de Indias tuviese que salir de su territorio y fuese objeto de la visita, previamente debían designar procuradores para representarle ante el visitador, con apercibimiento que en su ausencia serán oídos los que lo solicitasen. Si el visitado es ya ausente y dejó apoderado, éste lo representará con base en los poderes otorgados, con apercibimiento de no cumplir con esta obligación se procederá con el rigor de derecho. En el caso de que alguno o algunos de los visitadores hubiese muerto, la notificación de la citatoria se hacía a los herederos

[32] *Ibidem*, pp. 67-73.
[33] *Ibidem*, pp. 73-76.

del difunto o difuntos, en donde se encuentren, incluso en España.[34]

g) *Demandas Públicas*

En uno de los despachos acostumbrados, de los que se entregaban al visitador, se le autorizaba para oír y sentenciar (esto con limitaciones) las demandas públicas promovidas por los particulares en contra del virrey y la audiencia, dentro del plazo fijado, de tal forma que el visitador iniciaba su actuación, atendiendo las demandas presentadas dentro del término de 60 días, quedando invariable dicho término.[35]

h) *Sumaria*

Consiste en la información secreta: denuncias, interrogatorio de testigos y revisión de libros.

En esta etapa el visitador fincaba cargos a los visitados, en tanto estos defendían su causa preparando descargos. En caso de que la información secreta hecha por el visitador arrojase graves cargos en contra de alguno de los visitados, se podía actuar en contra de ellos con todo rigor, sin necesidad de esperar la sentencia definitiva del Consejo de Indias. La facultad de poder privar de su oficio a un visitado y aún de desterrarle por causa grave, solía otorgarse a los visitadores entre sus atribuciones.[36]

[34] *Ibidem*, pp. 76-78.
[35] *Ibidem*, pp. 78-83.
[36] *Ibidem*, pp. 83-106.

i) *Envío de la documentación al Consejo de Indias*

Concluida la visita, se redactaba un memorial ajustado, que facilitaba a los consejeros de Indias el manejo de la documentación, que por lo general era muy abundante. Se daba entonces un auto, por el que se ordenaba al tasador de la audiencia, procediese a la tasación de las costas, a fin de que se le abonasen sus derechos al escribano de la visita. Una vez aceptada la tasación por los podatarios, se daba otro auto para despachar un mandamiento para cubrir los salarios a los ministros de la visita y exhibieran pesos para el relator y el escribano de Cámara del Consejo y para los costos de la avería hasta la Casa de Contratación de Sevilla, donde han de entregarse. Luego se procedería a dictar el auto de conclusión de la visita y de su envío al Consejo de Indias, mismo que se notificaba a los podatarios, y el escribano de Cámara daba testimonio de la entrega de la documentación de la visita al Real Acuerdo para su envío a España, a menos que fuera el propio visitador o el escribano de la visita quién la llevase personalmente a España.[37]

j) *Sentencia del Consejo*

Llegado el expediente de la visita al Consejo de Indias se procedía a su vista, con citación de los procuradores de los visitados, aunque a veces acudían los propios visitados. De ahí se procedía al análisis del texto del expediente de la visita, que por su gran volumen tardaba un tiempo en dictarse. Una vez analizado por los consejeros dicho texto, se procedía al dictado de la sentencia que conllevaba su ejecución, notificación y remisión.[38]

[37] *Ibidem*, pp. 107-109.
[38] *Ibidem*, pp. 109-123.

En principio, en contra las sentencias dictadas por el Consejo de Indias en materia de visitas cabía la suplicación. A partir de 1565 este criterio cambió y se reforzó en 1568 con otra Real Cédula, en la cual se suprimía la suplicación a la sentencia en caso de visitas. Este criterio perduró en el texto de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

III. LAS RESIDENCIAS

1. *Introducción*

Es importante señalar primeramente que a diferencia de las pesquisas y las visitas, el encargado de llevar a efecto la residencia era un verdadero juez y este proceso era un verdadero juicio. También debe señalarse que a diferencia de la eventualidad de las pesquisas y las visitas, las residencias debían sustanciarse inexorablemente al término de las funciones de todo oficial real, inclusive si llegaba a fallecer. La única forma de excusar la residencia era por expreso perdón del rey, que lo concedía cuando la actuación del oficial había sido relevante y su comportamiento intachable, como fue el caso del virrey Bucareli y del segundo conde de Revilla Gigedo, entre otros. Fue llamado juicio de residencia, porque el procesado debía permanecer en el lugar donde ejerció sus funciones hasta la terminación del juicio. Los virreyes de Nueva España debían abandonar la ciudad de México, para dejar libre en el ejercicio de sus funciones a quien le sucedía en el cargo, debía entregarle el bastón de mando en Tulancingo y de allí partir a la ciudad de Córdoba, en donde permanecería arraigado hasta la sentencia del juicio de residencia, para después partir a España junto con el juez, que entregaría el expediente relativo al Consejo de Indias.

Los juicios de residencia, al igual que las pesquisas y las visitas, tenían por principales objetivos, el combatir la corrupción de quienes se beneficiaban con algún cargo público y además proveer la reparación de los daños que pudieran sufrir las víctimas de las corruptelas de los oficiales reales.

Los orígenes de este juicio, según lo expone García de Valdeavellano, se encuentran en el derecho romano y concretamente en una constitución del emperador Zenón del año 475, en la cual ordenaba que los jueces, al término de sus funciones, permaneciesen por un tiempo determinado en el lugar donde las hubieren ejercido, a fin de responder por los daños que hubiesen podido causar durante su desempeño. La constitución de Zenón fue recogida en la codificación justinianea, de donde pasó a algunas ciudades de Italia. que conocieron a ese procedimiento para fijar responsabilidades con el nombre de syndicatus o sindicato,[39] término que también fue utilizado en España y en Indias, aunque acabó utilizándose más el de residencia.

En Castilla, con la recepción del derecho justinianeo, el syndicatus fue incluido y regulado en la Partida III, tit. IV, ley VI, en los siguientes términos:

> que se obliguen, e prometan, que quando acabaren el su tiempo de judgar, e ovieren a dexar los oficios en que eran puestos, que ellos por sus personas finquen cinquenta días después, en los logares sobre que judgaren, por fazer derecho a todos aquellos, que de ellos oviessen recibido tuerto....E de todo yerro, e tuerto que ayan fecho, devenles fazer, que fagan enmienda dello, segund manden las leyes deste libro.

[39] García de Valdeavellano Luis. de. *Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia.* Boletín de la Real Academia de la Historia. Tomo CLIII. Cuaderno II. Madrid, 1963, p. 221.

El Ordenamiento de Alcalá de 1380 vino a reformar la anterior disposición de las Partidas, con la reducción de la obligación de residir por cincuenta días en el lugar donde se ejercieron las funciones y con el permiso de que los residenciados pudiesen estar representados por personeros o representantes, lo cual anuló la obligación de residir en el lugar, provocándose con ello todo género de abusos. Esta circunstancia junto con otras muchas otras, hicieron que por más de un siglo la historia castellana se caracterizara por ser un periodo convulso, lleno de abusos, violencias, crímenes y traiciones, que terminaron con la llegada de los Reyes Católicos al trono de Castilla. En 1480, las Cortes reunidas en la ciudad de Toledo, plantearon a Isabel y Fernando la necesidad de llevar a efecto una reforma a fondo en la administración pública, que diera fin a la corrupción imperante y entre las reformas impuestas se fijó el plazo de treinta días de arraigo obligatorio para desahogar los juicios de residencia, disposición que fue complementada con la Instrucción de corregidores y jueces de residencia de 9 de junio de 1500, en la cual fue normado íntegramente el moderno juicio de residencia y sus capítulos pasaron a la Nueva y a la Novísima Recopilación.

Si bien es cierto, como lo señalaba el virrey peruano don Francisco de Toledo, que muchos de los oficiales cuando pasaban a Indias dejaban el honor en Cádiz, el temor a las visitas y el enfrentarse al inevitable juicio de residencia, constreñía a esos hombres a tener un desempeño honesto en sus encargos, aunque también es cierto que estos procesos no fueron suficientes para acabar con la corrupción que carcomía a la Monarquía Española y por lo mismo tampoco faltaron voces que los señalaron como inútiles, como fue el caso del virrey marqués de Montesclaros, a

quien Solórzano escuchó decir "que comparaba estas visitas a los torbellinos que suele haber en las plazas y calles, que no sirven sino de levantar el polvo y paja y otras horruras de ellas, y hacer que se suban a las cabezas."[40] Finalmente, Carlos IV, por Real Cédula de 7 de noviembre de 1799, mandó se excuse del juicio de residencia a los funcionarios, por considerarlo como perjudicial, sin utilidad alguna, según lo había acreditado la experiencia. En realidad, el fracaso del juicio de residencia no se debió al procedimiento en sí, si no a las políticas de las más altas autoridades, que por razones diversas no sancionaban a los oficiales corruptos o arbitrarios o bien no imponían castigos severos, con lo cual para efectos prácticos se vinieron a anular a las residencias.

Para las Indias el juicio de residencia se encontraba regulado por las disposiciones contenidas en el Libro V, Título XV de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias y, desde luego todas las disposiciones promulgadas con posterioridad a esa y a falta de disposición debía aplicarse la legislación castellana con arreglo a lo estipulado por el orden de prelación de Castilla vigente, de tal forma que su regulación se encontraba básicamente en las Partidas, el Ordenamiento de Toledo y la Real Pragmática de los Reyes Católicos del año 1500. El primer juicio de residencia indiano fue el de Francisco de Bobadilla en 1501, en el que actuó como juez fray Nicolás de Ovando.

2. *Procedimiento*

El juicio de residencia era un proceso ordinario de control y exigencia de responsabilidad, al que se sujetaba a todos los oficiales del rey al momento de finalizar sus funciones,

[40] Solórzano y Pereyra Juan de., *op. cit.*, 5.10.19.

normado por un conjunto de reglas fijas en cuanto a sus términos, forma de proceder y actuación, que de acuerdo con la pragmática de 1500 constaba de dos partes, la primera de carácter secreto con procedimiento de oficio y una segunda parte, pública, en la que se substanciaban las quejas de los particulares.[41]

El juez encargado de sustanciar el proceso era designado por la autoridad que había nombrado al oficial residenciado, de esta forma, correspondía al rey, por conducto del Consejo de Indias, nombrar a los jueces encargados de residenciar a los virreyes, oidores, a algunos gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, como era el caso de los de Veracruz, Acapulco, Puebla, Zacatecas, etcétera, cuyo nombramiento estaba reservado al rey y tocaba al virrey o a las audiencias designar los encargados de residenciar a gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y demás oficiales de menor rango, cuyo nombramiento no estaba reservado al rey. Teóricamente, ningún oficial podía tomar posesión de su cargo, sin haberse terminado la residencia de su predecesor, disposición que fue pocas veces observada por lo dilatado de los procesos, que supuestamente no podían exceder de seis meses de duración. Para obvio de tiempo y trámites, muchas veces se designaba juez al sucesor en el cargo.

El juicio se iniciaba con la presentación por el juez a las autoridades correspondientes, las cédulas de su nombramiento y donde se ordenaba verificar el proceso, a continuación prestaba juramento de usar bien y fielmente su oficio, procedía a nombrar al escribano y demás personas que debían asistirlo en su encargo.

[41] Mariluz Urquijo, José María. *El agente de la administración pública en Indias.* Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1985, p. 418.

Posteriormente, el juez despachaba los decretos en donde anunciaba el inicio de la residencia, advertía de la posibilidad de presentar quejas en contra del oficial residenciado y daba a conocer los plazos y lugares para presentarlas. Ordenaba se hiciesen pregones en todo el virreinato, en los que se daba a conocer el inicio del juicio, se señalaba su duración y se invitaba a la población a presentar sus quejas y a denunciar las faltas y delitos en que hubiere incurrido del residenciado, dentro del término que se señalaba para tales efectos. Los pregones debían hacerse en la plaza mayor de las principales ciudades, frente a la iglesia, de preferencia en día domingo a la hora de la misa mayor, tanto en español como en lenguas indígenas, acompañados muchas veces de tambores, chirimías y sacabuches para llamar la atención. En los pueblos de indios debían hacerse en presencia del cura, no así en los de españoles.

Para recibir las declaraciones de los testigos, cuya selección e identificación eran de su responsabilidad, previamente debía el juez redactar un interrogatorio con base en el despacho real que había recibido. Durante el periodo fijado en el decreto para recibir las quejas y acusaciones de la población, el juez debía recibir y escuchar a todos los quejosos, que eran aquellos, dice el Ordenamiento de Toledo, que "habían recibido agravio de los jueces durante la administración de sus oficios (y) non avian podido alcanzar justicia de ellos",[42] para recibir sus pruebas testimoniales o documentales y, aceptarlas, rechazarlas y calificarlas y así mismo podía emprender por iniciativa propia las investigaciones que juzgara pertinentes. Todo este material debía integrarlo al proceso al proceso general o bien reservarlo y separarlo para dar una sentencia particular sobre ello.

[42] Ley 58.

Concluido este periodo de investigación, el juez procedía a formular los cargos y corría traslado de ello al interesado a fin de que ofreciera sus descargos con apoyo de todo género de pruebas. Una vez recibida la contestación, el juez procedía a dictar sentencia, en la que se consignaba tanto todo lo desfavorable como lo favorable, pues en el juicio de residencia se castigaba y también se premiaba. La sentencia era remitida junto con todo el expediente al Consejo de Indias o a la audiencia correspondiente tratándose de funcionarios inferiores, para que el más alto tribunal diera su aprobación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE SALVADOR, Rodolfo, *El mérito y la estrategia. Clérigos, Juristas y Médicos en Nueva España*, 1ª ed., Ediciones UNAM, Plaza y Valdez, México, 2003.

ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La Audiencia de México según los Visitadores (Siglo XVI y XVII)*, 2ª ed., UNAM, México, 1985.

DEL RÍO, Ignacio, "Autoritarismo y locura en el Noroeste Novohispano. Implicaciones políticas del enloquecimiento del Visitador General José de Gálvez" en *Estudios de Historia Novohispana*, edición única, Tomo 22, UNAM, México.

DOUGNAC, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, 1ª ed., UNAM, México, 1994.

ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, Solana e hijos Impresores, 3ª ed., Madrid, 2003.

GÓMEZ GÓMEZ, Amelia, *Visitas de la Real Hacienda Novohispana en el reinado de Felipe V*, 1ª ed., Ediciones Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1979.

HERZOG, Tamar *Ritos de control, prácticas de negociación: Pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)*, Madrid, Fundación Hernando de Larramendi.

DE ICAZA DUFOUR, Francisco, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias. 1492 1898*, Escuela Libre de Derecho, Editorial, México, 2008.

MARILUZ URQUIJO, José María, *El agente de la administración pública en Indias*, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1985.

MURO OREJÓN, Antonio, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, Escuela Libre de Derecho, Miguel Ángel Porrúa Librero Editor, 1ª ed., México, 1989.

NAVARRO GARCÍA, Luis, *América en el siglo XVIII. Los Primeros Borbones*, 1ª ed., Ediciones Rialp, España, 1983.

SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, *Manuscritos e Impresos del Venerable Señor Don Juan de Palafox y Mendoza*, 1ª ed., Editorial Everest, España, 2000.

SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, *Obispos de Puebla de los Ángeles en el periodo de los Austria (1521-1700). Algunos aspectos políticos y jurídicos*, 1ª ed., Editorial Porrúa, 2005.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael y coautores, *Historia del Derecho Indiano*, 1ª ed., Editorial Mapfre, España, 1992.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Derecho Indiano Estudios. Las Visitas Generales en la América Española (Siglos XVI-XVII)*, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª ed., Tomo I, Pamplona, 1991.

SANCIÑENA ASURMENDI, Teresa, *La Audiencia de México en el reinado de Carlos III*, 1ª ed., Ediciones UNAM, México, 1999.

SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de. *Política Indiana*, Corregida, e ilustrada con notas por el licenciado Francisco Ramiro de Valenzuela, Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid,1972.

VALDEAVELLANO, Luis G. de. *Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia*. Boletín de la Real Academia de la Historia. Tomo CLIII. Cuaderno II. Madrid, 1963.

"IUDEX QUI LITEM SUAM FACIT". LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE DAL DIRITTO ROMANO AL DIRITTO COMUNE

ALDO PETRUCCI*
ANDREA LANDI**

RESUMEN: Las dos partes que componen el presente artículo afrontan el problema de la responsabilidad del juez en la experiencia jurídica romana y medieval. En el derecho romano operaba una distinción entre la época histórica y los tipos de procedimientos. En el proceso civil arcaico y clásico (legis actiones y por fórmulas) el primer tipo de responsabilidad a cargo del juez se encuentra en las XII Tablas de la mitad del siglo V a.C., donde se preveía la pena de muerte en el caso de corrupción. Sucesivamente, en el siglo II a.C., nació el ilícito de "litem suam facere", configurado como un quasi delito, que el juez civil comete cuando viola las normas procesales (por ejemplo, decidiendo al margen de los límites de la controversia) o cuando pronuncia una decisión con dolo o con culpa, obligándolo al pago de una pena patrimonial. En el proceso penal arcaico y republicano, de una responsabilidad del juez se comienza a hablar sólo en el siglo I a.C., en cuanto son sancionables, con penas variables de la muerte al exilio, todas las formas de corrupción y de emisión dolosa de la sentencia condenatoria. Estas figuras de responsabilidad se mantienen en el derecho justinianeo, con el añadido

* Professore ordinario di Diritto romano presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

** Ricercatore universitario di Storia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

de una responsabilidad también de carácter disciplinario. En la experiencia jurídica medieval se delinea una contraposición entre el periodo altomedieval, en donde difícilmente se pueden enunciar perfiles de responsabilidad del juez, dada la naturaleza consuetudinaria del derecho, y el periodo bajomedieval, en el cual el renacimiento jurídico determina la recuperación del derecho romano justinianeo del quasi delito del "litem suam facere", que se aplicaba en caso de una sentencia pronunciada por impericia o con dolo en el caso de corrupción. El órgano juzgador estaba constituido por un político inexperto en el derecho, el cual debía recurrir al auxilio de la opinión de un jurista profesional (consilium sapientis iudiciale) para aplicar la solución más correcta. La actividad jurisdiccional era entonces sometida a control a través de un adecuado juicio llamado de sindicato. Se crea entonces en el sistema de derecho común una simbiosis entre juristas (doctores) y jueces, con la progresiva afirmación de la máxima de que estos últimos no podían distanciarse de la opinión común de los primeros. El artículo concluye con algunas breves reflexiones sobre el tema de la responsabilidad del juez en dos ordenamientos modernos (República de San Marino y Principado de Andorra) que aún viven el derecho común.
PALABRAS CLAVE: Derecho Romano —Responsabilidad del Juez— Litem suam facere —Communis opinio doctorum—. Derecho común vigente.

ABSTRACT: Le due parti che compongono il presente articolo affrontano il problema della responsabilità del giudice nell'esperienza giuridica romana e medievale. In diritto romano si opera una distinzione fra epoche storiche e tipi di procedimento. Nel processo civile arcaico e classico (legis actiones e per formulas), il primo tipo di responsabilità a carico del giudice si rinviene nelle XII Tavole della metà del V secolo a.C., dove si prevede la pena di morte nel caso di corruzione. Successivamente, nel II secolo a.C., nasce l'illecito di litem suam facere, configurato come un quasi delitto, che il giudice civile commette quando viola le norme procedurali (ad es., decidendo al di fuori dei limiti del contraddittorio) o quando pronuncia una decisione con dolo o con colpa, obbligandolo al pagamento di una pena patrimoniale. Nel processo penale arcaico e repubblicano, di una responsabilità del giudice si comincia a parlare solo nel I secolo a.C., allorchè sono punite, con pene variabili dalla morte all'esilio, tutte le forme di corruzione e di emissione dolosa

delle sentenze di condanna. Queste figure di responsabilità si mantengono nel diritto giustinianeo, con l'aggiunta di una responsabilità anche di carattere disciplinare. Nell'esperienza giuridica medievale si delinea una contrapposizione tra il periodo altomedievale, dove difficilmente si possono prospettare profili di responsabilità del giudice, data la natura consuetudinaria del diritto, ed il periodo basso medievale, nel quale il rinascimento giuridico determina il recupero dal diritto romano giustinianeo del quasi delitto del litem suam facere, che si applicava in caso di sentenza pronunciata per imperizia o con dolo e nel caso di corruzione. L'organo giudicante era costituito da un politico inesperto di diritto, il quale doveva ricorrere all'ausilio del parere di un giurista di professione (consilium sapientis iudiciale) per applicare la soluzione più corretta. L'attività giurisdizionale era poi sottoposta a controllo attraverso un apposito giudizio chiamato di sindacato. Si crea quindi nel sistema di diritto comune un rapporto di simbiosi tra giuristi (doctores) e giudici, con la progressiva affermazione della massima che questi ultimi non potevano discostarsi dall'opinione comune dei primi. L'articolo si conclude con alcune brevi riflessioni sul tema della responsabilità del giudice in due moderni ordinamenti (Repubblica di San Marino e Principato di Andorra), che ancora vivono a diritto comune.
PAROLE CHIAVE: Diritto romano —Responsabilità del giudice— Litem suam facere —Communis opinio doctorum— Diritto comune vigente.

PARTE PRIMA
DIRITTO ROMANO

ALDO PETRUCCI

1. *Diversa configurazione della responsabilità del giudice nelle* varie *epoche del diritto romano*

Nei tredici secoli di sua effettiva vigenza il diritto romano ha affrontato e risolto il problema della responsabilità del giudice in modo diverso, a seconda delle epoche, del tipo di processo e della posizione in esso rivestita dal giudice stesso. Prima di entrare nel merito della questione, è pertanto necessario un breve chiarimento preliminare su quest'ultimo punto.

Nelle due più antiche forme di processo privato che si sono susseguite nella storia del diritto romano, quella dell'età arcaica, basata su poche azioni rituali e rigidamente predeterminate dalla legge (il processo *per legis actiones*), e quella della tarda repubblica e del principato, fondata su una pluralità di formule tipiche di azioni (il processo formulare o *per formulas*), la valutazione dell'azione da esercitare e l'impostazione della controversia e del contraddittorio erano di competenza del magistrato (prima un console e poi il pretore urbano e peregrino), che decideva su tali punti nel suo tribunale (*in iure*), mentre il giudice era un semplice cittadino privato (chiamato per questo *iudex privatus*), scelto dalle parti del giudizio, in accordo con il magistrato stesso, le cui funzioni erano di presiedere all'istruzione probatoria e di emettere al termine la sentenza in un'autonoma fase processuale, detta appunto *apud iudicem*. Egli non era dunque un funzionario dello Stato, bensì un arbitro cui l'attore ed il convenuto, con l'approvazione del magistrato, rimettevano la decisione

della causa nel rispetto dei limiti della stessa già esattamente fissati *in iure*.[1]

Diversamente, nel campo processualpenalistico, fino all'età imperiale, la sentenza non era compito di un giudice, ma o era pronunciata da un'assemblea popolare, nei giudizi condotti davanti ai comizi o al concilio della plebe (*iudicia populi aut plebis*), o veniva emessa da una giuria (normalmente di cinquanta membri) composta da cittadini delle classi elevate (senatori e/o cavalieri), scelti congiuntamente dall'accusatore e dall'imputato in appositi albi, e presieduta da un pretore o da un giudice, nei giudizi svolti davanti a tribunali ordinari e permanenti per crimini stabiliti dalla legge (*quaestiones perpetuae*). Nel primo caso, non si poneva neppure un problema di responsabilità del giudice, mentre, nel secondo, comincia a profilarsi solo sul finire della repubblica.[2]

Conseguentemente vengono a configurarsi tipologie di responsabilità differenti per la giustizia civile e per quella penale e, all'interno di quest'ultima, tra chi giudica in un processo e chi esercita poteri coercitivi al di fuori di un processo.

Il quadro fin qui descritto cambia gradualmente tra il I ed il III secolo d.C., quando, con la definitiva affermazione, in campo sia civile che penale, della nuova forma processuale della *cognitio extra ordinem*, tramonta il processo formulare e scompaiono i processi davanti al popolo o decisi dai giurati e l'intero giudizio, dal momento dell'instaurazione a que-

[1] Sul processo *per legis actiones* e *per formulas* si rinvia in generale alle trattazioni manualistiche, tra cui possiamo ricordare di recente: M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 2006, pp. 57 ss.; A. Corbino, *Diritto privato romano*, Padova, Cedam, 2012, pp. 732 ss.

[2] *Cfr.* sull'argomento B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffré, 1998, pp. 29 ss., 69 ss., e più di recente quanto osservo nel mio testo A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 281 ss.

llo della sentenza, si svolge davanti ad uno stesso giudice, costituito da un funzionario statale.[3] In un simile rinnovato scenario anche il discorso della responsabilità di chi è chiamato a giudicare subisce una radicale trasformazione.

2. *La responsabilità del giudice nelle XII Tavole: la norma di Tab. IX.3 sulla sua venalità*

La più antica norma relativa ad una specifica condotta che integra una responsabilità del giudice la troviamo già nelle XII Tavole, della metà del V secolo a.C., la prima e più risalente codificazione (sia pure incompleta) del diritto romano. Si tratta di *Tab.* IX.3, il cui contenuto non ci è pervenuto direttamente, ma è stato riassunto da un autore più tardo (II secolo d.C.), Aulo Gellio, che dice:

> Che cosa di duro credi che sia stato scritto in queste leggi delle XII Tavole? A meno che non reputi dura la legge, che punisce con la morte il giudice o l'arbitro, dato ai litiganti secondo diritto, a carico del quale si è provato che ha ricevuto del denaro per pronunciare quella sentenza (*dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punitur?*) (Notti Attiche 20.1.7).

Il passo è inserito nella disputa sull'oscurità e durezza della legislazione decemvirale, insorta nel II secolo d.C. (quindi a molti secoli di distanza) tra il giurista Sesto Cecilio Africano ed il filosofo Favorino di Arelate (Arles), e fa riferimento alla pena di morte prevista per il giudice o arbitro, nominato legittimamente dal magistrato su indicazione comune delle parti (*iure datus*), che avesse accettato

[3] Anche per questo tipo di procedimento si faccia riferimento agli studi citati nelle note 1 e 2.

denaro per pronunciare la sentenza (*ob rem dicendam pecuniam accepisse*).[4]

Gellio non è un giurista, ma un letterato che riporta nella sua opera un gran numero di discussioni letterarie, giuridiche, filosofiche con riferimento soprattutto al periodo da lui passato ad Atene (almeno un anno) per perfezionarsi nello studio della retorica e della filosofia. La sua testimonianza, perciò, anche se è preziosa in quanto l'unica a parlarci di questa norma delle XII Tavole, ci rivela solo una realtà parziale. La condotta del giudice che viene repressa consiste nella sua venalità, che lo porta all'accettazione di una somma di denaro per emettere la sentenza e, sia pure con le dovute cautele, sembra essere qualificata come un delitto pubblico (*crimen*), vale a dire come un illecito lesivo dell'interesse generale della comunità, passibile proprio per questo della sanzione capitale.

Le poche informazioni fornite da questa fonte non ci permettono neppure di ricostruire se la percezione del denaro da parte del giudice dipendesse dalla corruzione di una delle parti oppure, viceversa, dall'estorsione da lui commessa contro una di esse o entrambe. Più probabile appare l'ipotesi che, per considerare antigiuridica la condotta del giudice, bastasse semplicemente il suo arricchimento.[5]

3. *Nascita dell'illecito del litem suam facere nell'ambito del processo formulare*

Un tipo di comportamento illecito del giudice nel processo civile, oggetto di un'attenta disciplina giuridica da

[4] Su questa norma decemvirale *cfr.* in dottrina G. Mac Cormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (ANRW) 14.2, Berlin – New York, 1982, pp. 4 ss.; R. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, Giuffré, 2004, pp. 21 ss.

[5] *Cfr.* C. Venturini, *Concussione e corruzione: origine romanistica di un problema attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1986, pp. 133 ss.

parte del pretore e dei giuristi, è quello che le nostre fonti definiscono "far propria la lite" (*litem suam facere*). Nelle classificazione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle *Res cottidianae* (o *Aurea*) di Gaio (in D. 44.7.5.4)[6] e nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.5. pr.) questa fattispecie viene compresa nella categoria dei quasi delitti (*obligationes quasi ex maleficio*), cioè degli atti illeciti privati riconosciuti e sanzionati dal pretore.[7]

Le sue origini infatti si fanno risalire alla metà del II secolo a.C., all'interno della giurisdizione del pretore peregrino, competente nell'impostare le controversie tra Romani e stranieri che venivano a Roma per ragioni di natura commerciale.[8] In tale ambito, infatti, si sarebbe maggiormente sentito il bisogno di rafforzare la tutela degli interessi di questi ultimi nei confronti di certe condotte illegittime dei giudici.

Vediamo ora nelle fonti quali condotte del giudice "civile" integravano tale delitto.

A. *Violazione delle norme procedurali*

Per molto tempo (almeno fino al II secolo d.C.) i comportamenti di un giudice che davano luogo a responsabilità consistevano nell'inosservanza dei suoi doveri connessi allo svolgimento del processo e non in un'eventuale appropriazione dell'oggetto della controversia o in un'illegittima ingerenza nel merito della causa, come possiamo chiaramente vedere da due importanti testimonianze: il capitolo

[6] Riportato *infra*, al punto B).

[7] V. in dottrina M. T. Giménez Candela, *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid, 1990, pp. 21 ss.; I. Cremades - J. Paricio, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, in *Anuario de Historia de Derecho Español* (*AHDE*), 54, 1984, pp. 186 ss.

[8] Così, ad es., Scevola , *La responsabilità del iudex privatus*, *cit.*, pp. 148 ss.

91 dello statuto del municipio spagnolo di Irni (la *lex Irnitana*) ed un passo delle Istituzioni di Gaio (4.52).

Nel primo testo si documentano le modalità di svolgimento di un giudizio civile presso un municipio, secondo le quali il magistrato municipale avrebbe stabilito che la fase davanti al giudice (*apud iudicem*) doveva aver inizio non prima di tre giorni dalla comparizione in tribunale (*in iure*) delle parti ed il giudice, nel caso in cui non fosse stato disponibile a comparire per allora, avrebbe dovuto provvedere al differimento dell'udienza, giurando di essere presente; diversamente, sarebbe stato costretto a presentarsi all'udienza stabilita dal magistrato e a pronunciare la sentenza, incorrendo altrimenti in una responsabilità.[9] Si tratta, come si vede, di un comportamento, la cui illiceità discende dall'inadempimento degli obblighi di comparire in giudizio nel giorno stabilito dal magistrato (salvo un valido motivo di giustificazione per differirlo) e di pronunciare la sentenza.

Il passo di Gaio configura come un "far sua la lite" (*litem suam facere*) del giudice la violazione dei limiti tassativi del contraddittorio inseriti nella formula. Si afferma infatti in *Inst.* 4.52:

"Il giudice deve far attenzione, nel caso in cui si sia inserita nella formula dell'azione la clausola con la facoltà di condannare ad una somma esattamente determinata, di non pronunciare la condanna né per una somma maggiore né per una minore, altrimenti avrà fatto propria la lite. Parimenti, se è stato posto un limite alla condanna, il

[9] Per la ricostruzione testuale dello statuto di Irni si rinvia a F. Lamberti, *"Tabulae Irnitanae". Municipalità e "ius Romanorum"*, Napoli, Jovene, 1993. Sulla responsabilità del giudice contemplata in questo capitolo v. S SimshÄuser, *La juridiction municipale à la lumière de la lex Irnitana*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger* (*RHDFE*), 67, 1987, pp. 619 ss.; F. Lamberti, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, in *Labeo*, 36, 1990, pp. 218 ss.; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, *cit.*, pp. 236 ss.

giudice non condanni ad una somma maggiore del limite, altrimenti, infatti, farà sua la lite. Gli è invece permesso condannare ad una somma minore" (*debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est*).

Qui la responsabilità deriva dall'aver pronunciato una sentenza difforme da quanto stabilito dal magistrato nella formula dell'azione concessa nel suo tribunale o superando, in più o in meno, l'esatto ammontare della condanna o oltrepassando il limite massimo dell'importo della stessa.[10]

Sia nel capitolo 91 della *lex Irnitana* che nelle Istituzioni di Gaio 4.52 il criterio di imputazione della responsabilità a carico del giudice è puramente oggettivo, dipendendo dalla violazione di doveri procedurali, senza che vengano quindi minimamente presi in considerazione elementi soggettivi alla base della sua condotta.

B. *L'emissione dolosa o colposa della sentenza.*

Ai comportamenti visti nel punto precedente si aggiunge successivamente, come ulteriore fattispecie del *litem suam facere*, anche la sentenza pronunciata con dolo, come afferma Ulpiano, 21 *ad ed.* in D. 5.1.15.1:

[10] Sul testo gaiano v. in dottrina A. D'Ors, *Litem suam facere*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (*SDHI*), 48, 1982, pp. 371 ss.; F. De Martino, *Litem suam facere*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (*BIDR*), 91, 1988, pp. 25 ss.; LAMBERTI, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, *cit.*, pp. 254 ss.; A. Burdese, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, pp. 173 ss.; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, *cit.*, pp. 241 ss.

> Si intende che il giudice faccia sua la lite, quando abbia pronunciato la sentenza in frode alla legge con dolo (si considera che lo abbia fatto con dolo, se si provi in modo evidente che questo derivi dal favore o dall'inimicizia verso una parte o dalla sua bassezza d'animo), così che sia costretto a prestare la vera stima in denaro dell'oggetto della lite (*iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur*).

In questo testo si dice chiaramente che costituisce un'illecita condotta del giudice (*iudex tunc litem suam facere intellegitur*) quella di emettere una sentenza in frode alla legge e con dolo (*cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*), motivato dalla scarsa sua obiettività verso le parti o dal suo spirito abietto, subendo quale sanzione a suo carico il pagamento di una pena pecuniaria pari all'effettivo valore della pretesa frustrata (*ut veram aestimationem litis praestare cogatur*).

Alla decisione dolosa del giudice si equipara ben presto anche quella colposa, come sottolinea il passo delle *Res cottidianae* (libro terzo) di Gaio riportato in D. 44.7.5.4:

> Se un giudice abbia fatto propria la lite, non si considera propriamente obbligato in base ad un delitto, ma, poiché non è obbligato per contratto e certamente si intende che abbia commesso un qualcosa di illecito, anche solo per imprudenza, si considera perciò che sia tenuto in base a quasi delitto (*si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*).

Come si vede, il giurista ritiene che il giudice integra l'illecito di *litem suam facere* anche quando abbia giudicato male per imprudenza e, siccome pure una tale sentenza

può pregiudicare una o entrambe le parti processuali, egli soggiace all'obbligazione di risarcimento dei danni.

Da entrambi i testi appena esaminati, quindi, si deduce l'introduzione, ai fini della responsabilità del giudice, dei criteri soggettivi di imputazione del dolo e della colpa, con un evidente ampliamento delle fattispecie, che danno vita all'illecito, da vizi meramente processuali (inosservanza dei limiti del contraddittorio, mancata comparizione o emissione della sentenza) a vizi sostanziali della sentenza, in quanto frutto di un giudizio doloso o colposo.

C. *L'ammontare della pena patrimoniale privata a carico del giudice*

Come abbiamo potuto constatare dall'esame di D. 5.1.15.1, l'ammontare della pena privata, cui era condannato il giudice per aver pronunciato una sentenza con dolo, equivaleva all'effettivo valore dell'oggetto della lite. In realtà, tale criterio trovava applicazione solo nella misura in cui fosse possibile una valutazione precisa di quest'ultimo. Se ciò non era possibile, si procedeva ad una determinazione in via equitativa della somma da pagare (condanna *in bonum et aequum*), rimessa alla decisione di chi era chiamato a giudicare sulla condotta del giudice, come si dice nella parte finale di D. 50.13.6 (Gaio, l. 3 *rerum cottidianarum sive aureorum*), ripreso dalle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.5 pr.).[11]

> ... e il giudice sopporterà la pena nell'ammontare che sarà sembrato equo nel caso concreto alla valutazione di colui che giudica (... *et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*).

[11] Sull'argomento, vivacemente discusso in dottrina, v. A. Guarino, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo*, 8, 1962, pp. 8 ss.; J. Paricio, *Estudio sobre las actiones in aequum conceptae*, Milano, Giuffré, 1986, pp. 22 ss.; De Martino, *Litem suam facere*, *cit.*, pp. 9 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, *cit.*, pp. 503 ss.

4. *La responsabilità dei giudici penali nella tarda repubblica e agli inizi del principato*

Notizie certe sulla responsabilità dei giudici nei processi penali pubblici risalgono al I secolo a.C., in particolare ad una legge di Silla (la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del periodo 82-80 a.C.) ed una di Cesare (la *lex Iulia repetundarum* del 59 a.C.), anche se è difficile, dato lo stato attuale delle nostre fonti, distinguere fra il loro contenuto originario e le estensioni applicative che sono state fatte successivamente.

Nella prima, secondo la testimonianza più tarda del giurista Marciano (inizi del III secolo d.C.) in D. 48.8.1 pr. – 1, sarebbe stato punito con la pena di morte il giudice chiamato a presiedere un processo penale pubblico, che avesse prestato la propria opera affinché con false prove un innocente fosse condannato (... *quive, cum ... publico iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condamnaretur*) oppure avesse ricevuto denaro per farlo condannare (*qui ... iudex ... quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret*).[12]

La seconda, nata per colpire i comportamenti illeciti dei governatori delle province, che abusavano dei propri poteri per ottenere denaro dalle popolazioni assoggettate, aveva progressivamente ampliato la propria sfera di azione fino a comprendere qualunque forma di corruzione o concussione legata all'esercizio di una funzione o ufficio, compreso quello di giudice.[13] Afferma infatti in giurista Macro (primi decenni del III secolo d.C.) in D. 48.11.3:

[12] V. Santalucia, *Diritto e processo penale*, *cit.*, p. 147; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, *cit.*, pp. 92 ss.

[13] *Cfr.* D. 48.11.1 pr., sul quale v. in dottrina C. Venturini, *Studi sul crimen repetundarum*, Milano, Giuffré, 1979, pp. 480 ss.; Santalucia, *Diritto e processo penale*, *cit.*, 157 ss.; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus cit.*, pp. 92 ss.

In base alla legge Giulia sulle somme richieste illecitamente, è tenuto colui che, avendo una qualche potestà, abbia ricevuto denaro per giudicare, per non giudicare o decidere (*lege Iulia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit*).

Precisando poi che incorreva nella medesima responsabilità anche chi avesse percepito delle somme per incarcerare o scarcerare qualcuno o valutare in denaro l'oggetto della lite o deliberare sulla vita o la morte dell'imputato (D. 48.11.7 pr.) e la pena prevista in questi casi per il giudice oscillava, a seconda delle circostanze concrete, fra la l'esilio, la deportazione in un'isola o la pena capitale (D. 48.11.7.3).

5. *La responsabilità del giudice nel processo postclassico e giustinianeo*

L'affermazione del nuovo tipo di processo (la *cognitio extra ordinem*) avviene progressivamente, tanto nel settore civile quanto in quello penale, tra I e III secolo d.C., convivendo a lungo con i modelli processuali precedenti. In esso cambia profondamente la figura del giudice, che non è più, come si è detto in precedenza (§ 1), né un privato cittadino, scelto quale arbitro dalle parti e dal magistrato, né il componente di una giuria, ma si tratta per lo più di funzionari alle dipendenze dell'imperatore, che esercitano normalmente le attività giurisdizionali insieme a quelle amministrative. Dopo la fine del III secolo, tutte le cariche burocratiche, che svolgono compiti di direzione amministrativa, esercitano nello stesso ambito anche funzioni giurisdizionali, formando una piramide, al cui vertice si trova l'imperatore. Manca ancora, comunque, una categoria professionale di giudici, dotata di specifiche competenze,

ma ci troviamo di fronte ad una gran quantità di organi amministrativi, ricoperti da persone di diretta nomina imperiale, chiamate a svolgere per suo conto anche l'attività giurisdizionale.[14]

In questo mutato panorama si atteggia in modo diverso anche la responsabilità del giudice, come risulta dal quadro che ci offre il *Corpus iuris civilis* di Giustiniano. Da un lato, si trovano ancora le normative sorte nelle età anteriori in tema di *litem suam facere* del giudice, di sua corruzione e concussione, di ingiusta condanna dell'imputato, che abbiamo esaminato nei paragrafi precedenti, a dimostrazione del persistere della loro vigenza (altrimenti non si spiegherebbe la loro inclusione in un testo normativo). Dall'altro, si trasforma il loro contenuto e si vengono ad aggiungere profili nuovi.

Infatti, le condotte illecite dovute al mancato rispetto dei limiti del contraddittorio stabiliti nella formula dell'azione o all'inosservanza dei doveri procedurali connessi al processo formulare vengono meno con la scomparsa dello stesso, e non è perciò un caso che le relative disposizioni non siano riprodotte nella codificazione. D'altra parte, già a partire dal I secolo d.C., gli errori di questo tipo commessi dal giudice potevano essere corretti in sede di appello presso l'organo giudicante superiore. Mediante tale mezzo di impugnazione si poteva anche rimediare alle sentenze ingiuste sotto il profilo del contenuto.

La condotta dolosa o colposa del giudice che avesse arrecato pregiudizio ad una o entrambe le parti si configurava ormai come un crimine, più che un illecito privato, determinando l'applicazione di sanzioni penali a suo carico, oltreché il risarcimento dei danni.[15] Da questo punto

[14] Sul punto si rinvia a F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli, Jovene, 1975, pp. 480 ss.

[15] *Cfr.*, Scevola *La responsabilità del iudex privatus, cit.*, pp. 542 ss.

di vista, si realizza un intreccio nella codificazione tra testi relativi alla disciplina privatistica, che regolava il *litem suam facere*, e testi contenenti la disciplina pubblicistica, che reprimeva ogni illecito arricchimento del giudice ed ogni sua pronuncia intenzionalmente volta a far condannare l'accusato. In un tale contesto si inserisce un'importante disposizione emanata dall'imperatore d'Oriente Zenone nel 479 d.C. e riprodotta in C. 1.49.1, che imponeva a tutti i giudici sia civili che militari un obbligo di residenza per cinquanta giorni, dopo la deposizione della carica, nei luoghi dove avevano amministrato la giustizia, al fine di permettere agli amministrati di accusarli per gli illeciti commessi durante l'esercizio della funzione.

A tutto ciò va aggiunto un ultimo e rilevante aspetto. Poiché la giurisdizione era esercitata da funzionari inseriti in un apparato amministrativo, alla responsabilità penale e civile si poteva anche eventualmente assommare una responsabilità disciplinare, fatta valere dall'organo superiore o dallo stesso imperatore attraverso la comminazione di specifiche sanzioni.[16]

PARTE SECONDA
DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO

ANDREA LANDI

1. *La giurisdizione come funzione essenziale d'ogni esperienza giuridica. L'alto medioevo*

Chi si proponga di ricostruire, ancorché in via generalissima, una qualunque esperienza giuridica, non può non riconoscere alla funzione giurisdizionale un ruolo essen-

[16] Per una esauriente panoramica sul punto v. ancora Santalucia, *Diritto e processo penale*, *cit.*, pp. 269 ss.

ziale: infatti, è la giurisdizione che consente il continuo evolversi dell'esperienza giuridica nel corso del tempo.

Ad una più attenta analisi, tuttavia, non è difficile scorgere che questa funzione essenziale cambia da epoca a epoca: sicché, accanto ad un contenuto minimale, che resta invariato nel tempo —la traduzione d'un precetto astratto in un ordine concreto —possono oppure no aggiungersi altre caratteristiche che appunto sono il portato del modo d'intendere la giurisdizione all'interno d'un certo contesto storico.[17]

Se dunque guardiamo all'esperienza giuridica dell'alto medioevo si percepisce con chiarezza come in presenza di ordinamenti essenzialmente consuetudinari quali erano quelli alto-medievali, il giudice sia stato chiamato non solo a trasformare un precetto astratto in un ordine concreto, ma prim'ancora di far questo, ad individuare la norma vigente, da applicare poi al caso concreto.

La storiografia ha parlato, a questo proposito, d'una vera e propria "inventio" delle norme consuetudinarie, da ottenersi mediante una "inquisitio per testes"; dove questi testimoni sono gli "antiquiores loci", che, in certo modo, possono essere visti come i depositari delle tradizioni giuridiche e, più in generale, della saggezza all'interno della comunità.[18]

Nell'alto medioevo, insomma, era richiesto al giudice —significativamente definito come *Urteilfinder*, cioè "trovatore di sentenze"— di individuare, all'interno della comunità, quale fosse la norma vigente percepita come tale dai consociati, sulla base della quale egli avrebbe poi reso giustizia, senza peraltro che nel contenuto di queste

[17] *Cfr.* U. Santarelli, Auctor iuris homo. *Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 67-75.

[18] F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 210-214.

norme si potesse riscontrare una separazione tra morale e diritto;[19] ragion per cui, molto spesso avveniva che la soluzione della controversia fosse rimessa al giudizio di Dio (si pensi alle varie *ordalie*, o al giuramento, che rappresentava una sorta di "chiamata in causa" della divinità), oppure al risultato d'un conflitto tra rapporti di forza (il duello per campioni).[20]

In questa prospettiva è ben difficile poter parlare d'un profilo di responsabilità del giudice, se non altro perché il giudicante si trovava a valutare e applicare norme consuetudinarie che venivano —per dir così: "illico et immediate"— sottoposte al vaglio critico della comunità, in modo da escludere ogni possibile deviazione rispetto alla loro applicazione da parte del giudicante.

2. *Il rinascimento giuridico basso-medievale e il (presunto) principio di legalità*

Profondamente diverso è invece il discorso relativo alla funzione giurisdizionale nel basso medioevo.

Qui si riscontra un indubbio ritorno alle fonti scritte e una sorta di marginalizzazione della fonte consuetudinaria.[21]

[19] M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*[7], Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 1994, pp. 57-61.

[20] Non è inutile precisare che sovente il processo negli ordinamenti barbarici era pensato come mezzo per dirimere le controversie ed impedire così le faide, piuttosto che per l'accertamento della verità, com'era stato nell'ordinamento romano e ritornò ad essere in tempi più tardi, grazie all'influsso della legislazione canonica e al modello processuale definito appunto romano-canonico; per esempio, sul processo longobardo, *cfr.* E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 1995, p. 166-172.

[21] In pagine ormai risalenti, ma ancora, con i necessari accorgimenti, utilizzabili con profitto, Ugo Nicolini aveva parlato dell'affermarsi d'un vero e proprio "principio di legalità" negli ordinamenti comunali, addirittura qualificati come "democrazie" (si allude a U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale*, Milano, Marzorati, 1947). Se questa tanto indebita quanto comprensibilissima anticipazione storica compiuta dell'autore non può essere condivisa, essa vale comunque a sottolineare l'indiscutibile cambiamento di rotta nel sistema basso-medievale delle fonti, rispetto all'alto medioevo, con il predominio assunto proprio dalle fonti scritte. In questo senso U. Santarelli, *Ricordo di Ugo Nicolini*, in "Rivista di storia del diritto italiano", Anno LVIII (1985), pp. 384-387, ora in ID., Ubi societas ibi ius. *Scritti di storia del diritto*, Introduzione di P. Grossi, a cura di A. Landi, I, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 382-385.

Le nuove istituzioni —Comuni e Corporazioni— avevano dei propri statuti, sulla base dei quali il giudice era chiamato a rendere giustizia, sicché egli era tenuto, in buona sostanza, ad applicare la norma, secondo un procedimento che veniva, anche questo come la norma sostanziale, fissato dallo statuto o da altre normative scritte.

A ciò si aggiunga che il giudice di queste istituzioni —console *de iustitia*, podestà, capitano del popolo, rettore che dir si voglia— era nella stragrande maggioranza dei casi soltanto un politico e quindi era totalmente inesperto di diritto: questo faceva sì che per la soluzione in punto di diritto delle controversie a lui sottoposte, egli dovesse ricorrere all'ausilio d'un giurista di professione che gli fornisse, con un proprio parere (il *consilium sapientis iudiciale*), la soluzione giuridicamente corretta, da utilizzare poi nella sentenza.[22]

In ordinamenti siffatti si poneva in modo pressante la necessità di sottoporre a controllo l'attività giurisdizionale, individuando puntualmente i profili di responsabilità del giudice sulla base sia delle disposizioni contenute nella "riscoperta" compilazione giustinianea, sia, soprattutto, mediante l'ideazione d'un'apposita procedura statutaria —il cosiddetto giudizio di sindacato— volta ad esercitare questo controllo.

[22] Su questo istituto resta fondamentale Guido Rossi, Consilium sapientis iudiciale. *Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, I, *(secoli XII-XIII)*, Milano, Giuffrè, 1958.

In una tale procedura alcuni "syndici", nominati dalle Istituzioni comunali, avevano il compito di vagliare l'operato del giudicante, al termine del suo mandato, per verificare se ci fosse stato un indebito esercizio delle sue funzioni; in caso d'un positivo accertamento dell'esercizio *contra legem*, essi dovevano procedere contro di lui, irrogando la giusta sanzione e condannandolo al risarcimento dei danni patiti dall'Istituzione comunale e dai singoli *cives*, coinvolti, a vario titolo, nelle attività processuali.

Dalle fonti romane la *scientia iuris* basso-medievale aveva ripreso la figura del *Iudex qui litem suam facit*, che, lo si ricorderà, era ricompresa nella categoria dei quasi delitti, arrivando grosso modo —pur con le differenziazioni che si potevano trovare in taluni interpreti— ad individuare tre fattispecie di responsabilità che davano luogo ad altrettante forme di risarcimento:[23] in primo luogo la responsabilità del giudice che aveva mal giudicato "per imperitiam", per il quale egli era punito con una pena lasciata all'*arbitrium* del giudice incaricato di vagliare il suo comportamento ("religioni iudicantis", secondo il disposto di Inst. 4.5 pr.); poi era previsto il caso del giudice che dolosamente avesse reso una sentenza contraria alla giustizia, per il quale era prevista la pena della "vera litis aestimatio" nel civile e della "retorquutio" nel penale (cioè a dire, veniva inflitta al giudice la stessa pena che aveva comminato all'innocente), secondo Accursio accompagnata anche dall'infamia; ed infine quella del giudice che avesse reso la sentenza ingiusta per corruzione, la qual cosa era punita con la perdita dell'ufficio e il pagamento del "quadruplum". In questi ultimi due casi, la dottrina era propensa a parlare d'una responsabilità "ex maleficio" del giudicante,[24] pervenendo

[23] *Cfr.* Nicolini, *Il principio di legalità*, *cit.*, pp. 456-458.

[24] Lapidaria la *gl. Litem suam* in *l. Si iudex* Inst. *De Obligationibus, quae ex quasi delicto nascuntur* (Inst., 4.5 pr): "Idest controversiam vel litigium, ut in id

verso l'età moderna alla unificazione delle due fattispecie, con la previsione della pena per il giudice fissata nel pagamento dell'"aestimatio litis" e delle spese.

3. *Una simbiosi fra doctores e giudici*

La communis opinio. Come si sa, la pluralità di fatti di normazione presenti nell'esperienza giuridica basso-medievale —statuti comunali e corporativi, normative ecclesiastiche, consuetudini, sporadici interventi del legislatore imperiale— aveva la necessità d'una *reductio ad unum*, alla quale si pervenne grazie all'*interpretatio* della scienza giuridica, che riuscì nella creazione di quello che a suo tempo venne definito il "sistema di diritto comune":[25] un'*interpretatio* che, non limitandosi alla semplice ermeneutica dei riscoperti testi giustinianei, ma costituendo una feconda attività nomopoietica, riuscì a creare un compiuto sistema normativo, all'interno del quale si realizzò un rapporto dialettico fra *iura propria* —i diritti di provenienza delle istituzioni particolari— e *ius commune* creazione tutta sapienziale, costituita non soltanto dai testi, ma anche e soprattutto dalla *lectura* dottrinale dei testi di quelle compilazioni che in età moderna saranno indicate coi nomi di *Corpus iuris civilis* e *Corpus iuris canonici*.[26]

teneatur ipse in quo laesit aliquem: et hoc quando per ignorantiam, vel imperitiam (...). Nam si dolo, tunc non habet locum hic titulus: sed ex maleficio tenetur, et sit infamis".

[25] F. Calasso, *Il concetto di "diritto comune"*, ora in ID., Introduzione al diritto comune, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 31-76 (lo scritto però risale al 1933)

[26] Sull'interpretazione dei dottori basso-medievali, *cfr.* S. Caprioli, *v. Interpretazione nel diritto nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche IV ed.*, sez. civile, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25 e, più in generale, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*[12], Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 154-175; per una ricostruzione differente *cfr.* U. Petronio, *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in *Il ragionamento analogico. Profili*

La rilevante e imprescindibile funzione svolta dalla *scientia iuris* in una siffatta esperienza giuridica —dove la dottrina non era chiamata soltanto ad operare un "semplice ripensamento ordinante" dell'esperienza del proprio tempo,[27] ma addirittura a creare nuovo diritto e a dare veste giuridica ai *nova negotia* che la prassi continuamente inventava—[28] non poteva non riversare i suoi effetti anche sul processo e sulla funzione giurisdizionale, sia mediante l'istituto del *consilium sapientis iudiciale*, di cui abbiam detto, sia, più in generale, per fissare dei limiti oggettivi all'esercizio della discrezionalità piena (*arbitrium*) che il processo romano-canonico riconosceva al giudice nell'individuare la soluzione da seguire nella propria sentenza, in presenza di lacune del diritto positivo.[29]

Questa "simbiosi dialettica" fra *doctores* e giudici —dove i primi erano i profondi conoscitori del diritto vigente da loro stessi elaborato e i secondi quelli che eran chiamati ad applicarlo nelle aule dei tribunali, pur non essendo dei tecnici, ma dei politici— realizzava una sorta di "diarchia (per quanto non dichiarata) sul processo":[30] una diarchia che si concretizzava non soltanto nel momento in cui i vari

storico-giuridici, a cura di C. Storti, Napoli, Jovene, pp. 183-292, ora in Id., *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 49-159.

[27] Santarelli, *Auctor iuris*, *cit.*, p. 76.

[28] Grossi, *L'ordine giuridico*, *cit.*, p. 166.

[29] Come ha felicemente scritto Giovanni Rossi, *La forza del diritto: la* communis opinio doctorum *come argine all'*arbitrium iudicis *nel processo della prima età moderna*, in *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, Giappichelli, 2012, p. 38, "la società medievale, in relazione alla lacunosità del diritto positivo, non affronta e risolve la questione cercando di dotarsi di ciò che oggettivamente le manca (e di cui in verità nessuno sente il bisogno), invocando cioè l'emanazione a tutto campo di leggi scritte; in contrario valorizza appieno gli elementi che incarnano, in positivo, le peculiarità dell'esperienza giuridica medievale, così come si manifesta nelle forme dello *ius commune*, ed *in primis* il ruolo di una scienza giuridica di alto profilo, ben radicata nel corpo sociale ed in piena sintonia con i valori e la mentalità della società coeva".

[30] Rossi, *La forza del diritto*, *cit.*, p. 40.

statuti obbligavano il giudice a conformarsi al *consilium sapientis iudiciale*, ma anche allorché venne affermandosi la massima che il giudice non poteva discostarsi dall'*opinione comune dei dottori* ("a communi opinione non est recedendum"); in entrambi i casi, pur rimanendo, almeno in astratto la libertà del giudice di fare scelte diverse, perché a suo parere più conformi all'equità e alla verità, egli non poteva sottrarsi al giudizio di sindacato, nel quale sarebbe stato valutato il suo comportamento ed egli avrebbe per converso dovuto spiegare le proprie ragioni, sussistendo una presunzione di "imperitia" a suo carico.[31]

L'*opinione comune dei dottori* era un rimedio endogiurisprudenziale, che la giurisprudenza giudicante aveva escogitato per porre un argine al dilagare delle opinioni dottrinali che nel corso dei decenni si erano affastellate nell'interpretazione dei due *Corpora iuris*, sia *in consulendo* che *in legendo*, al fine di assicurare un minimo di certezza del diritto; anche se, occorre notarlo, i criteri per la sua determinazione —che oscillavano tra il privilegiare l'autorevolezza oppure il numero di coloro che seguivano una data teoria— non furono mai esattamente precisati, cosicché non tardarono a presentarsi nella prassi opinioni

[31] Si veda a titolo d'esempio Lancillotto Corradi (1520-1590), *Praetorum, et Curiale Breviarium*, Venetiis, Apud Ioan. Bapt. Somascum, 1563, L. I, cap. 9 *de praetore*, pp. 187-188, n. 21-22, il quale osserva che il "Iudex praecipue sequi debet communem, vel magis communem opinionem, ubi reperiatur, in iudicando, nec ab ea recedere; quod et in consulendo observandum est", per poi ribadire, sulla scorta di molte autorità, che si presume "per imperitiam iudicare, qui relicta communi opinione, singulari adheret". Lo stesso orientamento è fatto proprio dal repertorio del cardinal Toschi (1535-1620) —che riprende una tesi sostenuta da Alessandro Tartagni (1423/24-1477)— per il quale il giudice "qui inhaeret opinioni singulari relinquendo communes sententias dicitur per imperitiam iudicare"; *cfr.* D. Toschi, *Practicae quaestiones*, V, Romae, Ex typographia Stephani Paulini, 1606, p. 1080, Concl. 151 Opinio singularis contra communem reprobatur, p. 1080, n. 9; Alessandro Tartagni, *Cons. Visis processibus* (L. 2, cons. 95), in Id., *Consilia seu Responsa*, II, Venetiis, Apud Haeredes Alexandri Paganini, 1610, fo. 83 ra, n. 6.

comuni contrapposte ad altre opinioni parimenti comuni ("opiniones communes contra communes"), oppure opinioni ritenute più comuni di altre ("opiniones magis communes").[32]

Non è questa la sede per trattare analiticamente della questione: qui basterà notare, con il Lombardi, che essa costituì nell'esperienza del diritto comune la "versione giurisprudenziale della legge".[33] E il giudice, pur con le eccezioni che dicevamo, era in certo modo sottoposto ad essa.

4. *Un tipico profilo di responsabilità del giudice: l'imperizia nell'identificazione e nell'applicazione del principio di diritto*

Il giudice che si fosse discostato dall'opinione comune dei giuristi senza una valida ragione, ma soltanto per sua imperizia, secondo la valutazione unanime della dottrina, avrebbe fatta propria la lite: per esentarsi *a priori* da qualunque responsabilità, egli avrebbe dovuto aderire, senza remore, a quell'opinione, anche se personalmente non l'avesse del tutto condivisa, posto che in favore di essa sussisteva una sorta di presunzione, seppure *iuris tantum*, di veridicità.[34]

[32] Fra i numerosi trattati sulla *communis opinio* ci sembra da menzionare almeno A. M. Corazio (sec. XVI), *De communi opinione utriusque iuris doctorum*, in *Tractatus universi iuris*, XVIII, Venetiis 1584, fo. 222 ra-247 ra, dove nella prefazione (fo. 223 r, nn. 38-41) si precisa in che cosa consista la distinzione di cui nel testo.

[33] L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 189.

[34] Come ha notato E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 1995, p. 460, "l'*opinio communis* restò sempre solo *probabilis* —ossia dotata di buona idoneità alla dimostrazione, quindi attendibile— ma non fu mai *necessaria* (vincolante); e tuttavia nel Cinquecento si concluse ch'era pericoloso per giudici e avvocati non attenervisi: nel caso avessero futilmente contrastata un'*opinio communis* potevano incorrere in malanni e guai".

In una situazione di questo genere si capisce come l'imperizia nell'identificazione e poi nell'applicazione del principio di diritto —della regola cioè da seguire nel caso di specie— comportasse notevoli difficoltà per un giudice che, come più volte s'è detto, non era tendenzialmente un esperto di diritto.

Una precisa ricostruzione della responsabilità del giudice che fece propria la lite, in conseguenza di erronea individuazione della regola da applicare, si riscontra nel commentario di Bartolo da Sassoferrato a C. 7.49.2, dove, "secondo il vezzo casistico e per amore della maggior completezza possibile",[35] egli distingue due casi di "imperitia iudicis", che configurano la responsabilità del giudice, il quale sarà tenuto ad una pena la cui determinazione è rimessa, per usare ancora le parole di Inst. 4.5 pr., "religioni iudicantis" (cioè all'altro giudice chiamato a valutare il suo comportamento).[36]

Il primo caso ricorre quando egli abbia giudicato "contra casum legis": e qui Bartolo distingue a sua volta tra l'ipotesi in cui il giudice abbia errato nell'interpretare una legge oscura e difficile, nella quale "mitius punietur", da quella in cui egli si sia trovato di fronte una legge facile e

[35] A detta del nicolini, *Il principio di legalità*, *cit.*, p. 461. Una puntuale ricostruzione dell'analisi bartoliana di questo passo anche in V. Crescenzi, Communis opinio doctorum, in *El "ius commune" com dret vigent. L'experiència judicial d'Andorra i San Marino*. Actes del I simposi jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino, II, Andorra, Istitut d'Estudis Andorrans, 1994, pp. 694-698, e più ampiamente, ID., *La* communis opinio doctorum *e l'*auctoritas rerum similiter iudicatarum *nell'esperienza di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*, in "Initium. Revista catalana d'història del dret", 3 (1998), pp. 599-602. Ne accenna anche J. Barrientos Grandón, *El* mos italicus *en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15?-1625)*, in "Ius fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos", 2 (1993), pp. 50-51.

[36] Bartolo da Sassoferrato, *In l. De eo* C. *De poena iudicis qui male iudicavit* (C. 7.49.2), in ID., *Commentaria in secundam Codicis partem*, Lugduni, Excudebat Dionysius Harsaeus, 1550, fo. 86 ra-vb, nn. 3-6.

dal chiaro significato, nella quale sarebbe stato invece da punirsi più severamente.

Il secondo caso si configura quando il giudice abbia errato in una materia nella quale sussistevano solo opinioni dottrinali, scegliendo un'opinione "mala" e non seguendo quella che "ab omnibus communiter approbatur et communiter observatur".

Conclude infine il maestro marchigiano che sarà da escludersi ogni responsabilità per il giudicante quando nella materia oggetto di giudizio sussistano "opiniones ita fortes, quod quandoque observatur una et quandoque servatur altera": in tali frangenti, infatti, la legge si configura come incerta e il giudice, che erra nell'individuazione del principio, deve essere pertanto scusato.

Dalla ricostruzione bartoliana si evince con chiarezza sia il ruolo della *communis opinio*, che si presenta, in definitiva, come "strumento di certificazione e razionalizzazione del diritto vigente (...) destinata a predeterminare le possibili interpretazioni di un istituto o di singole norme concretamente proponibili entro il processo",[37] nell'ottica di ricerca della certezza del diritto, mediante la fissazione di criteri oggettivi di valutazione cui il giudice deve attenersi;[38] sia la

[37] Rossi, *La forza del diritto*, *cit.*, p. 43.

[38] Una valutazione più limitativa del valore della *communis opinio* in Crescenzi, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas*, *cit.*, p. 602, secondo il quale essa "non determina di per sé il diritto, ma determina la responsabilità del giudice in ordine alla relativa agevolezza nella determinazione del diritto da applicare. Il giudice vi è tenuto non perché sia soggetto alla *communis opinio doctorum*, ma perché se egli non la segue è colpito da una presunzione di imperizia o di negligenza". Ci pare peraltro che, in un sistema giurisprudenziale quale quello del diritto comune almeno dal Quattrocento in poi, era proprio il meccanismo della responsabilità *in iudicando* previsto dai testi romani a carico del giudice, che faceva assumere all'istituto in questione una sostanziale forza di legge, qualità che soltanto formalmente si sarebbe potuto ancora negare (*cfr.* A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 287-288). Per le fonti ci limitiamo a riportare l'assunto registrato dal Toschi, secondo il quale l'"opinio communis habetur

simbiosi dialettica che intercorre tra *scientia iuris* e giurisprudenza giudicante; aspetti, questi, cui accennavamo nel paragrafo precedente e che non ci sembrano bisognevoli di ulteriore dimostrazione.

D'altra parte, man mano che ci si avvicina all'età moderna e il giudice assume sempre più una qualifica professionale, il tecnicismo che comincia ad essergli richiesto, gli impone in modo più stringente la conoscenza della opinioni dottrinali e della loro applicazione.

Come icasticamente fu scritto, al giudice era richiesto di possedere due tipi di sale: il "sale della sapienza", per non essere insipido e quello della "retta coscienza" per non diventare diabolico;[39] mancando il primo —che si otteneva per lo più mediante la conoscenza e la puntuale applicazione della *communis opinio*—[40] egli avrebbe giudicato *per imperitiam* e sarebbe stato perciò sottoposto alla punizione determinata dal superiore, mentre difettando il secondo, egli avrebbe dolosamente mal giudicato e quindi sarebbe

pro lege, et venit appellatione legis in dispositione loquente de lege", in ciò seguendo il consulente Tiberio Deciani (Toschi, *Practicae conclusiones*, *cit.*, concl. 150 *Opinio communis Doctorum est tenenda et secundum eam iudicandu, et quando secus*, p. 1080, n. 9).

[39] Imagine che si ritrova in molti autori —dai quattrocenteschi Barbazza e Giason del Maino, ai cinquecenteschi Cravetta, Menochio, Tepato—, la cui prima formulazione è probabilmente riconducibile a Baldo; *cfr.* Nicolini, *Il principio di legalità*, *cit.*, p. 463, e M. Meccarelli, Arbitrium. *Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 345, nt. 110.

[40] Significativo a questo proposito quanto si legge in un celebre trattato riguardo al giudice che voglia essere perfetto: tra le tante caratteristiche, che vanno dalla castità all'essere inesorabile, compare pure quella di essere "librorum cumulo circumdatus, et studens"; *cfr.* G. Alvarez de Velasco (sec. XVII), *Judex perfectus seu de judice perfecto Christo Jesu*, Lausonii et Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1740, rubr. 15, ann. 1, pp. 280-297, un compendio del quale si trova in M. A. Savelli (1624?-1695), *Summa diversorum tractatuum*, I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1707, pp. 16-30, dal cui epilogo (p. 30) è tratta la citazione virgolettata.

andato incontro ad una condanna all'integrale risarcimento dei danni.

5. *Alcuni spunti sul principio della soggezione del giudice alla legge negli ordinamenti a diritto comune vigente*

Una delle caratteristiche che contraddistinguono l'esercizio della giurisdizione nelle democrazie contemporanee è quella della *soggezione del giudice alla legge*: caratteristica che, insieme a quella della inamovibilità, vale a garantire un margine ampio di libertà all'attività giurisdizionale, affrancata da condizionamenti esterni e vincolata dai soli limiti fissati dalla legge stessa.[41] Anche gli odierni ordinamenti che ancora vivono a diritto comune —la Repubblica di San Marino e il Principato d'Andorra— hanno recepito, abbastanza recentemente, tale principio.[42]

[41] Com'è stato sottolineato, con riferimento all'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana, si tratta d'un'"enfatica espressione che però sottolinea l'autonomia del singolo magistrato" (così P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1972, p. 206). D'altra parte, essa risente della tendenza, tipica di molti ordinamenti successivi alla Rivoluzione francese, di identificare il diritto con la legge: non a caso è stato puntualizzato che sarebbe più preciso parlare di "subordinazione del giudice al diritto" (*cfr.* A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*[3], Roma, Il foro italiano, 1984, p. 400).

[42] *Cfr.* art. 85 della *Costituciò del Principat d'Andorra* del 1993: "En nom del poble andorrà la Justìcia és administrada exclusivament per jutges independents, inamovibles i, en l'àmbit de le seves funcions jurisdiccionals, sotmesos només a la Constituciò i a la llei", mentre la legge qualificata sulla giustizia del 3 settembre 1993 all'art. 76 prevede che "els Batlles i Magistrats seran responsables civilment pels danys i perjudicis ocasionats dolosament en exercici de le seves funcions". Per San Marino, in difetto d'una specifica disposizione nella *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese* (legge 8 luglio 1974 n. 59), che si limita, con l'art. 15 comma 3, a garantire "l'indipendenza dei giudizi", si veda l'art. 1 della *Legge sull'Ordinamento giudiziario* del 28 ottobre 1992 n. 83 dove si assicura ai giudici "piena indipendenza e libertà di giudizio" (comma 1) e si afferma che essi sono "soggetti alla legge soltanto e tenuti alla puntuale interpretazione ed applicazione del diritto vigente" (comma 3).

Una soluzione di tal genere è apparsa però, già ai primi interpreti, come fortemente problematica nella sua applicazione, non fosse altro perché, in questi ordinamenti, il giudice deve continuare a fare i conti con la funzione nomopoietica della dottrina, che si estrinseca appunto nel meccanismo della *communis opinio*.[43]

In altri termini, se è relativamente semplice in esperienze di tipo legalistico affermare che il giudice è sottoposto soltanto alla legge, ben più complesso è affermare questa subordinazione in ordinamenti nei quali si proclama tuttora vigente il diritto comune, nel quale la dottrina svolge, come s'è visto, una funzione straordinariamente rilevante.

Se a ciò si aggiunge che, in questa materia, la formulazione delle norme di *ius proprium* non è stata troppo perspicua —ma ciò non deve meravigliare: non è forse vero che i *doctores* apostrofavano il diritto statutario come *ius asininum*?—, si può addirittura pervenire ad ipotizzare una situazione di totale irresponsabilità dei giudicanti. Basti un solo esempio.

L'art. 15 comma 2 della legge sammarinese sull'ordinamento giudiziario n. 83/1992 dispone che il giudice non risponde per"l'attività d'interpretazione delle norme di diritto", né per "quella di valutazione del fatto e delle prove".[44] Con questa formulazione tale articolo sembra svuotare di contenuto il comma 2 del precedente art. 14 dove si prevede la possibilità che i giudici siano sottoposti a sindacato per rispondere della loro attività; infatti, col termine "sindacato" parrebbe da intendersi proprio quella procedura che abbiam sopra menzionato, modellata sull'ipotesi romano-canonica del *iudex qui facit litem suam*, la quale consiste pre-

[43] *Cfr.* Crescenzi, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas*, *cit.*, pp. 604-609.

[44] Ecco il testo di tale comma: "Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove".

cipuamente nella valutazione dell'attività interpretativa di individuazione e applicazione delle norme. Da qui, dunque, la ipotizzata irresponsabilità dei giudicanti.

Per uscire da questa sorta di *cul de sac*, pur ribadendo la convinzione che molto spesso l'inserzione in un ordinamento di istituti che sono propri di altre esperienze che hanno avuto una diversa storia giuridica alle loro spalle può creare non poche difficoltà, ci sembra necessario procedere ad una corretta intellezione del termine legge, la quale tenga conto della specificità della tradizione del diritto comune e possa così evitare quella soluzione, invero aberrante, della totale irresponsabilità sopra immaginata.

A nostro sommesso parere, la legge —a cui adesso il giudice è subordinato in forza delle disposizioni suddette— non è soltanto quella che proviene dall'organo detentore del potere legislativo, ma è anche la *lex* per eccellenza, cioè il diritto romano con la sua *intepretatio* che nel corso dei secoli ha dichiarato il diritto vigente e il grado di adeguamento di quel diritto in rapporto dialettico con le consuetudini e il *ius novum*, rappresentato da statuti e riformagioni.[45]

[45] Non si possono non ricordare le considerazioni di Guido Astuti, nella veste di Giudice delle Appellazioni, sulla definizione e sul ruolo del diritto comune vigente a San Marino: "Il diritto comune è l'antica *lex omnium generalis*, è l'organico sistema normativo elaborato nel corso dei secoli dalla giurisprudenza sulla base del diritto romano giustinianeo, del diritto canonico e della consuetudine, mentre il *ius novum*, rappresentato dal diritto statutario e dalla successiva legislazione locale, non costituisce affatto una compiuta codificazione del diritto privato, civile e commerciale e processuale civile"; *cfr. Giudice Appellazioni*, 30 luglio 1963, in "Giurisprudenza Sammarinese", Anno III (1965), fasc. 1, p. 46. Insomma, è da condividere senz'altro l'assunto che il diritto comune è "un insieme di precetti determinato storicamente, e localmente specificato", come precisa S. Caprioli, *Varianti e costante del diritto comune*, in "Rivista di diritto civile", Anno XXXIX (1993), II, pp. 639-643, la *cit.* è a p. 641. Qualche ulteriore spunto in A. Landi, *Osservazioni per uno studio sul diritto comune vigente*, in "Rivista di storia del diritto italiano", Anno LXXIII (2000), pp. 339-355.

Ed infine è legge anche la *lex contractus*, cioè quella legge stabilita dalle parti, in conformità al potere di autoqualificazione e autoregolamentazione del contratto: un potere che il diritto comune riconosce loro e che non può essere scalfito dall'attività del giudicante, in difetto di norme imperative che lo autorizzino in tal senso.[46]

Solo riconoscendo questa polisemia del termine legge, percepita nella sua intrinseca storicità, l'interprete potrà allora declinare, senza troppi problemi, il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge in quegli ordinamenti dove il diritto comune è ancora vigente.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Diritto Romano

CREMADES I. – PARICIO J., *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, in *Anuario de Historia de Derecho Español (AHDE)*, 54, 1984, pp. 186 ss.;

DE MARTINO F., *Litem suam facere*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, 91, 1988, pp. 25 ss.;

D'ORS A., *Litem suam facere*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 48, 1982, pp. 371 ss.:

GIMÉNEZ CANDELA M. T., *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid, 1990, pp. 21 ss.;

LAMBERTI F. , *Riflessioni in tema di litem suam facere*, in *Labeo*, 36, 1990, pp. 218 ss.;

SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffré, 1998;

SCEVOLA R., *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, Giuffré, 2004.

[46] *Cfr.* U. Santarelli, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 139-155 e anche P. Grossi, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 91-134.

Diritto medievale e moderno

S. CAPRIOLI, *Varianti e costante del diritto comune*, in "Rivista di diritto civile", Anno XXXIX (1993), II, pp. 639-643;

V. CRESCENZI, *La* communis opinio doctorum *e l'*auctoritas rerum similiter iudicatarum *nell'esperienza di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*, in "Initium. Revista catalana d'història del dret", 3 (1998), pp. 587-609;

P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960;

M. MECCARELLI, Arbitrium. *Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998;

U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale*, Milano, Marzorati, 1947;

GIOVANNI ROSSI, *La forza del diritto: la* communis opinio doctorum *come argine all'*arbitrium iudicis *nel processo della prima età moderna*, in *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, Giappichelli, 2012;

U. SANTARELLI, Auctor iuris homo. *Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*, Torino, Giappichelli, 1997;

U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990.

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

RAYMUNDO VÁZQUEZ CASTELLANOS*
RUBÉN MINUTTI ZANATTA**

RESUMEN: Este ensayo pretende explicar las características y la forma de funcionamiento de los cuatro tipos de responsabilidades imputables a los servidores públicos previstas por la Constitución Mexicana, con especial referencia a los funcionarios judiciales de la Federación y del Distrito Federal. Los tipos de responsabilidad aplicable a los jueces son las siguientes: juicio político, declaración de procedencia (proceso de desafuero), responsabilidad administrativa (disciplinaria) y responsabilidad patrimonial (daños y perjuicios). Asimismo, se incorporan reflexiones críticas sobre las fallas y vicios de las diferentes clases de responsabilidad aplicables a los referidos jueces, con el propósito de mejorar la aplicación de los principios de independencia, imparcialidad y profesionalismo que rigen la actuación de los jueces mexicanos y lograr un sistema judicial mexicano altamente prestigiado.
PALABRAS CLAVE: Constitución, Responsabilidad de Servidores Públicos, Juicio Político, Proceso de Desafuero, Responsabilidad Administrativa, Responsabilidad Patrimonial, Principios de Independencia, Imparcialidad y Profesionalismo.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Escuela Libre de Derecho.
** Profesor adjunto de Derecho Constitucional de la Escuela Libre de Derecho.

ABSTRACT: Questo saggio ha pretensione di espiegare gli caratteristiche e il modo di operazioni degli quattro tipi di responsabilitá imputabili agli funzionari pubblici secondo la Costituzione Mexicana, specialmente quelli vincolati agli giudici federali ed giudici nel Distrito Federale. I tipi di responsabilitá attribuibile agli giudici sono: giudizio politico, dichiarazione di procedenza (proceso di "desafuero"), responsabilitá amministrativa (disciplinaria) e responsabilitá patrimoniale (danni). Anche, si incorporano riflessioni critiche su le fallimenti e vizi delle diverse tipi di responsabilitá aplicabile agli giudici, con l'intenzione di migliorare l'aplicazione degli principi di independenza, imparzialitá e professionismo che regolano l'attuazione degli giudici messicani e permettono un sistema giudiziario messicano prestigioso.

PAROLE CHIAVE: Costituzione, responsabilitá degli funzionari pubblici, giudizio politico, responsabilitá amministrativa, responsabilitá patrimoniale, principi d' independenza, imparzialitá e professionismo.

I. PREMISA

1. *Consideraciones iniciales*

La responsabilidad del juez[1] es un tema cuyo estudio corresponde desarrollar principalmente al derecho constitu-

[1] Por *juez* o *jueces* consideraremos —únicamente para efectos de este ensayo— a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados de circuito y jueces de distrito del Poder Judicial de la Federación, y a los magistrados y jueces del fuero común del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Desde luego reconocemos que los magistrados y jueces de los poderes judiciales de las entidades federativas también poseen la calidad de juzgadores; sin embargo, tales servidores judiciales se rigen por un régimen dual previsto en la Constitución Federal y en las constituciones particulares de cada una de las entidades federativas.

cional. Desafortunadamente, son escasos los textos y ensayos sobre la materia que han tratado el tema. Sobre todo si consideramos que el estudio del mismo es de gran importancia para una mejor comprensión de la organización judicial[2] del Estado Mexicano.

Aunado al mayor entendimiento del sistema judicial mexicano, resulta indispensable analizar el tema de la responsabilidad del juez en México a efecto de conocer mejor la relación que vincula a dicha responsabilidad con los principios de independencia, imparcialidad y profesionalismo que deben regir la actividad de todo juzgador en nuestro país.

La Constitución Mexicana[3] establece los principios rectores de la función jurisdiccional de nuestros jueces. Tales principios son los de independencia, imparcialidad, profesionalismo y responsabilidad, constituyendo éstos los dispositivos rectores de la actividad judicial en México. Entendemos que estos principios se traducen en normas positivas que rigen ampliamente la actividad jurisdiccional de los jueces mexicanos con el claro propósito de lograr una función juzgadora altamente responsable.

Por ello, los principios rectores de independencia, imparcialidad y profesionalismo de los jueces y el régimen de

[2] Por *organización o sistema judicial mexicano* nos referimos solamente —para este estudio— al Poder Judicial de la Federación y al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Igualmente no desconocemos el carácter de órgano judicial que poseen los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, e incluso la existencia de algunos otros tribunales que realizan funciones jurisdiccionales; sin embargo, el régimen de responsabilidades de tales tribunales posee una regulación diversa a la asignada a los juzgadores federales y del Distrito Federal.

[3] Cuando utilicemos los términos Constitución Mexicana, Constitución Federal, Constitución, ley suprema o ley fundamental, nos estaremos refiriendo a la "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917". Igualmente, al señalar un fundamento constitucional usaremos las siglas CPEUM como abreviatura de nuestra Constitución.

responsabilidad que les resulta aplicable, considerado éste como un principio pero también previsto como un régimen jurídico, se encuentran interrelacionados y también condicionados de manera recíproca, lo cual es incuestionable si analizamos la forma en cómo está estructurada y desarrollada normativamente nuestra ley suprema. Así, la Constitución permite que los jueces mexicanos puedan estar dotados de plena independencia y absoluta imparcialidad para juzgar los casos que se sometan a su competencia, si a cambio, como contrapartida, tales jueces están sujetos a un régimen de responsabilidad que sirva para evaluar y "juzgar" su actuar profesional.

Por tanto, se reconoce que la independencia, imparcialidad, profesionalismo y responsabilidad son principios rectores inseparables de la función juzgadora en México. Y a partir de tal afirmación se sostiene que independencia sin responsabilidad en la actividad juzgadora equivale a arbitrariedad, pero también solamente la responsabilidad sin independencia es sinónimo de inferioridad o sumisión política del juez.

La Constitución consigna los principios de independencia, imparcialidad y profesionalismo como norma fundamental de nuestro sistema de justicia, y por ende de la actividad del juez en México. Pero a la vez también prevé un régimen amplio y estricto de responsabilidades para los servidores públicos que resulta aplicable a los funcionarios judiciales en general. Por ello, al establecer nuestra ley fundamental los principios de actuación del juez y su marco de responsabilidad, lo que hace es reconocer la figura del *juez profesional*, fijándolo como el prototipo del funcionario jurisdiccional del sistema judicial mexicano. El juzgador en México es, o por lo menos debe ser, según nuestra ley suprema, un juez libre, profesional y responsable.

También resulta relevante la importancia que ha venido adquiriendo en la actualidad el juez en razón del cada vez mayor crecimiento de la actividad jurisdiccional, especialmente como consecuencia de las nuevas fórmulas y reglas de interpretación constitucional utilizadas en nuestro régimen jurídico interno y en el orden jurídico supranacional, con la interpretación y aplicación de los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.[4]

Esta expansión de la función jurisdiccional ha provocado la formación de un nuevo derecho jurisprudencial, al lado del tradicional derecho legislativo y administrativo, ello como claro efecto de la nueva actividad interpretativa e "integradora" del juez en México.

2. *Vicisitudes del Régimen de Responsabilidades*

En general, todo régimen de responsabilidades públicas busca establecer un sistema de control de la actividad de los funcionarios de gobierno y también, para el supuesto de que incurran en faltas o delitos, fijar un catálogo de sanciones a los servidores públicos por una indebida actuación, las cuales pueden consistir en la separación temporal del cargo, su remoción, la reparación del daño causado al Estado e incluso a la persona afectada, entre otras.

Por tal razón, es esencial que todo Estado contemple en su ordenamiento constitucional un régimen de responsabilidades que le sea aplicable a sus funcionarios públicos.

[4] Mediante reforma publicada el 10/06/11 en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), se restablece (según el texto original de 1917) el control difuso (para todos los órganos jurisdiccionales mexicanos), aunque se limita sólo al ámbito de los derechos humanos (en cuanto a constitucionalidad y convencionalidad), y se establece como regla la interpretación más favorable al justiciable (principio *pro personae*), es decir, la prevalencia de la norma, independientemente de su jerarquía dentro del sistema jurídico, que represente la mayor protección a los derechos en cuestión.

Y desde luego, ese régimen debe comprender a los funcionarios que se desempeñen como juzgadores, sin necesidad de distinguir entre los jueces por razón de la jurisdicción o competencia por materia específica que tengan asignada cada uno de ellos.

Ahora, en el caso particular de los jueces, sin importar si están encargados de juzgar sobre asuntos de constitucionalidad o de legalidad, se vuelve de gran utilidad conocer la auténtica naturaleza de las distintas responsabilidades a que están sometidos tales impartidores de justicia, con el evidente propósito de aclarar si tal sistema en realidad protege y preserva o si, por el contrario, descuida y debilita los principios de independencia, imparcialidad y profesionalismo que deben caracterizar la actividad jurisdiccional de todo juzgador.

Desde luego resulta necesario que la Constitución Mexicana prevea un régimen de responsabilidad para el juez como medio de control de su actividad judicial. Pero a la vez, también es un imperativo de todo sistema de justicia que tal sistema de control no influya ni lastime la independencia, imparcialidad y profesionalismo con que deben actuar los jueces al momento de conducir los procesos jurisdiccionales a su cargo y emitir las sentencias respectivas.

Por otra parte, igualmente necesario es que el régimen de responsabilidades previsto en la Constitución tenga como objeto el preservar y fortalecer el alto nivel profesional que debe caracterizar a los jueces en México. De lo contrario, si no se respetan los principios que rigen la actividad del funcionario judicial, el régimen de responsabilidades sólo servirá para controlar el poder o facultad de juzgar de los jueces, con miras a mantenerlos subordinados a favor de los otros poderes públicos u órganos encargados de supervisarlos.

Adicionalmente, cobran relevancia en un régimen de responsabilidades las reglas y procedimientos que se siguen para la designación de los jueces dentro de la organización judicial, los mecanismos de ratificación (y por ende el peso que cualquier precedente negativo tiene en el expediente personal del juzgador), la protección constitucional (inmunidad) y la equidad en la contraprestación salarial que reciba. Pues si tales normas privilegian la selección, designación y continuidad de los jueces basándose en los méritos, trayectoria y experiencia profesionales de los juristas que serán nombrados en los cargos, entonces el régimen de responsabilidades efectivamente coadyuvará al fortalecimiento del profesionalismo del funcionario judicial. En cambio, si el nombramiento de los jueces no está reglado o se rige por un procedimiento ampliamente discrecional o de oportunidad política, por el contrario, el régimen de responsabilidad solo servirá para controlar la voluntad del juzgador y sancionarlo cuando no se someta a las órdenes de la clase política en el poder.

En tal sentido, los efectos que resulten del régimen jurídico aplicable a los jueces dentro del estado democrático, tarde o temprano acaban por ser conocidos y comprendidos por la sociedad civil en general, desarrollándose una opinión pública a partir de las reflexiones y críticas que formulan los académicos, abogados litigantes, legisladores, e incluso por los propios juzgadores, respecto del sistema de selección y designación de los ministros, magistrados y jueces integrantes de los poderes judiciales. Y en razón de tal opinión pública, es que la sociedad reconoce a tales poderes como órganos prestigiados y respetados o, por el contrario, carentes de profesionalismo por su indebida integración.

3. *Régimen de Responsabilidades en México*

La Constitución Mexicana establece en su Título Cuarto (Arts. 108 al 114 CPEUM) un complejo régimen de responsabilidad de los servidores públicos. El artículo 108 constitucional, señala expresamente qué personas son funcionarios públicos, esto es, que prestan sus servicios y actúan en nombre y representación del Estado Mexicano, para efecto de determinar quiénes son los sujetos a los cuales les resulta aplicable el régimen de responsabilidades previsto en el mencionado Título Cuarto.

El primer párrafo del artículo 108 determina claramente —y no podía ser de otra forma— que los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal son servidores públicos para efectos de la aplicación del mencionado régimen de responsabilidades públicas.[5] Dicho párrafo incorpora en su regulación a todos los funcionarios judiciales de los citados Poderes, tanto a los que tienen la calidad de jueces federales y del Distrito Federal, sin importar su nivel jerárquico, como a los secretarios de

[5] *Título Cuarto*
De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado
"Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.
...
...
Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios."

acuerdos y de estudio y cuenta de los tribunales respectivos, entre otros.

Adicionalmente, el aludido artículo constitucional, en su último párrafo, se encarga de imponer a los estados que integran la Federación Mexicana la obligación de precisar en sus respectivas Constituciones Locales, la calidad de servidores públicos a todos aquellos funcionarios que ocupen cargos o empleos en los estados y municipios, en términos similares a los descritos por el propio primer párrafo del artículo 108 constitucional. En razón de tal norma, los jueces estatales también son considerados como servidores públicos sujetos a un régimen de responsabilidades públicas; sin embargo, aunque similar al que se aplica a los servidores públicos federales y del Distrito Federal, el régimen de responsabilidades de los jueces locales resulta distinto, teniendo su fundamento en las propias constituciones locales de cada entidad federativa y en sus respectivas leyes reglamentarias.

Por otra parte, al haber adoptado el Estado Mexicano la forma de estado federal (Arts. 40 y 41 CPEUM), la propia Constitución ha establecido en el citado artículo 108 un régimen de responsabilidades públicas que rige tanto para los jueces con jurisdicción federal, mismos que ejercen su actividad en todo el ámbito espacial del territorio nacional del Estado Mexicano, como para los juzgadores con jurisdicción local, la cual está delimitada estrictamente al ámbito geográfico de la entidad federativa en que están designados.

A partir de tales premisas, procedemos a describir el régimen de responsabilidades de los jueces contemplado en la Constitución Mexicana, con el propósito de analizar la forma en cómo ese régimen contribuye a fortalecer al *juez profesional* o, por el contrario, a debilitar sus principios de

actuación jurisdiccional, para de esta manera reflexionar sobre los valores que tutelan las normas sobre responsabilidades contenidas en nuestra ley fundamental.

II. TIPOS DE RESPONSABILIDAD

1. *Clasificación*

Hemos señalado que el régimen de responsabilidades aplicable a los servidores públicos, que incluye a los jueces integrantes del Poder Judicial de la Federación y del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se encuentra previsto en el Título Cuarto de la Constitución Mexicana. La razón de que esta regulación esté prevista a nivel constitucional obedece a que constituye un verdadero régimen de excepción al principio de igualdad ante la ley que consagra nuestra ley fundamental.

La Constitución básicamente prevé dos tipos de responsabilidad; (i) una denominada responsabilidad política y, (ii) otra conocida como responsabilidad jurídica, la cual a su vez está subdividida en responsabilidad de tipo penal, administrativa (disciplinaria) y patrimonial (civil).

Estas dos clases de responsabilidad se distinguen entre sí, en que en la primera, de tipo político, como su nombre lo indica, el órgano enjuiciante no es el órgano judicial sino el poder legislativo convertido en tribunal político, además de que no existe forma de obligarlo a juzgar en base a un estricto apego a derecho, por lo que puede aplicar criterios meta jurídicos, o incluso políticos. La jurídica, por el contrario, versa sobre una imputación derivada de una conducta que presuntamente actualiza un tipo penal, o bien un supuesto contenido en una norma administrativa (infracción) o civil (afectación a la esfera jurídica del propio Estado Mexicano o un tercero), juzgándose éste tipo de responsabilidad mediante una aplicación estricta de la ley, a partir de criterios judiciales y practicándose dicho juicio por un tribunal judicial.

2. *Responsabilidad Política*

En México la responsabilidad política se imputa al servidor público a través de un procedimiento formalmente legislativo y materialmente jurisdiccional, denominado *juicio político*. Este tipo de juicio está regulado principalmente por el Título Cuarto, intitulado "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado", de la Constitución Federal, y los Capítulos I, II y IV del Título Segundo, denominado "Procedimientos ante el Congreso de la Unión en materia de Juicio Político y Declaración de Procedencia", de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (LFRSP).

La Constitución dispone que el juicio político se encomienda al Poder Legislativo Federal, el cual está depositado en un Congreso de la Unión, dividido en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores. Así, el Congreso de la Unión resulta ser el poder encargado de conocer y desahogar el juicio político, correspondiéndole atender las denuncias con que se inicia tal juicio, así como tramitar el proceso respectivo hasta concluirlo mediante el dictado de una sentencia.

Dicha ley fundamental establece que todo servidor público, incluidos los jueces, son responsables de los actos que realicen o las omisiones en que incurran con motivo del ejercicio del cargo público que desempeñan. Por ello, los jueces, en su calidad de servidores públicos, deben rea-

lizar sus funciones invariablemente apegándose al principio de legalidad previsto en la Constitución. Pero, igualmente, están además obligados a respetar y no atentar, al momento de desempeñar sus funciones, en contra de los intereses públicos fundamentales (del Estado Mexicano), o de su buen despacho, entendiéndose por tales intereses públicos los que tiene encomendados proteger con motivo de su cargo de juzgadores (Arts. 109, fracción I y último párrafo, CPEUM).

En caso de que los jueces al ejercer sus funciones incumplan con la regla constitucional de cuidar los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, entonces tales juzgadores serán responsables políticamente por desobediencia de la referida norma y, en consecuencia, deberán ser sancionados previo el desarrollo del proceso respectivo.

Por ende, la responsabilidad política es aquella que puede fincarse a un juez cuando con motivo de sus funciones incurre en actos u omisiones que ocasionen perjuicio a los intereses públicos fundamentales o del buen despacho de los mismos.

Sin embargo, la principal falla estructural del juicio político consiste en la inadecuada tipificación que hace la Constitución sobre la falta o infracción política sancionada mediante dicho juicio. La ley suprema en ningún momento define ni establece elementos suficientes para conocer qué se entiende por actos u omisiones que afecten los intereses públicos fundamentales del Estado Mexicano para efectos del juicio respectivo. Sino que en todo caso solamente prevé que será la ley reglamentaria del citado precepto la que establecerá los tipos de faltas o infracciones políticas que serán objeto del juicio político.

Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que es la legislación reglamentaria del Título Cuarto de nuestra ley fundamental, señala cuáles son los actos u omisiones que supuestamente redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho (Art. 7° LFRSP).[6] Sin embargo, también sorprende desfavorablemente que la enunciación de los actos u omisiones efectuada por la ley, cuando mucho, alcanza a ser una descripción general de los tipos de las faltas o infracciones políticas por las cuales puede ser sancionado un servidor público y, desde luego, en el caso de nuestro ensayo, un juez. En ningún momento la ley hace

[6] *Título Segundo*
Procedimiento ante el Congreso de la Unión en materia de Juicio Político y Declaración de Procedencia

Capítulo I
Sujetos, Causas de Juicio Político y Sanciones
"Artículo 7°. Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho:
I. El ataque a las instituciones democráticas;
II. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;
III. Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales y sociales;
IV. El Ataque a la libertad de sufragio;
V. La usurpación de atribuciones;
VI. Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;
VII. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior; y
VIII. Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.
No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.
El Congreso de la Unión valorará la existencia y gravedad de los actos u omisiones a que se refiere este artículo. Cuando aquellos tengan carácter delictuoso se formulará la declaración de procedencia a la que alude la presente ley y se estará a lo dispuesto por le legislación penal."

una descripción clara de la conducta (acto u omisión) que perjudica a los intereses públicos fundamentales, sino que en forma demagógica o absurdamente abstracta pretende tipificar las faltas o infracciones que supuestamente perjudican al Estado Mexicano.

En tal sentido, los jueces se encuentran obligados a respetar no sólo el principio de legalidad, sino también el principio o regla de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho para evitar ser responsable de una falta o infracción política, considerando desde luego que el incumplimiento del citado principio de legalidad también puede conllevar a la afectación del interés público fundamental o del buen despacho.

También, la propia ley fundamental establece en forma expresa y limitativa —*numerus clausus*— la relación de servidores públicos que pueden ser sujetos de juicio político y, por ende, que podrán ser responsables políticamente por los actos u omisiones que les son atribuibles con motivo del desempeño de su cargo público. En dicha relación se comprende a los ministros, magistrados de circuito y jueces de distrito que integran al Poder Judicial de la Federación y a los magistrados y jueces pertenecientes al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (Art. 110, primer párrafo, CPEUM).[7]

[7] "Artículo 110. Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, *los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal*, los Secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, *los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el consejero Presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral*, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos. Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda..."

En cuanto al desarrollo del juicio político, la Constitución señala que a la Cámara de Diputados le corresponde actuar como órgano de acusación y al Senado como jurado de sentencia. Así, el Congreso de la Unión actúa mediante una doble instancia, una acusadora o de instrucción, a cargo de la Cámara de Diputados y una instancia resolutora o sancionadora, encomendada a la Cámara de Senadores.

Ahora bien, el Congreso Federal, en particular la Cámara de Diputados, requiere para iniciar un proceso de juicio político que se cumpla con el requisito *sine qua non* de la formulación y presentación de una denuncia que esté debidamente acompañada de las constancias de prueba relativas. Nuestra Constitución exige que la denuncia sea presentada por un ciudadano, entendiéndose que se refiere no a un ciudadano de cualquier Estado sino a un ciudadano del Estado Mexicano, o sea un ciudadano mexicano, es decir de nacionalidad mexicana. Es por ello que en la doctrina es conocida como "denuncia ciudadana".

Además de establecer que la denuncia puede ser formulada por *cualquier ciudadano*, se exige que sea bajo la más estricta responsabilidad del denunciante. Por ello sostenemos que no cualquier ciudadano puede presentar la referida denuncia, sino solamente aquellos que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, pues un ciudadano que se encuentre privado de tales derechos, además de que no está autorizado para participar en la toma de decisiones políticas del Estado Mexicano, es incapaz de cumplir con el requisito de estricta responsabilidad que

exige la Constitución. Ello dado que cuando un ciudadano que está suspendido en sus derechos públicos y privados, no es capaz de asumir responsabilidad ninguna frente a persona alguna.

Adicionalmente, cabe plantear si la denuncia ciudadana puede ser formulada por uno o varios diputados o senadores, sobre todo si consideramos que dichos legisladores federales son ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos, pero a la vez también son miembros integrantes de las cámaras que estarán encargadas del enjuiciamiento político del servidor público, restándole imparcialidad al juicio mismo. Consideramos que los diputados y senadores no están impedidos de formular una denuncia ciudadana en contra de algún funcionario judicial; pero para no adoptar decisiones viciadas de parcialidad deberán abstenerse de votar al momento de deliberar sobre la acusación del juzgador indiciado con el propósito de evitar un conflicto de intereses en sus actuaciones como denunciantes y como enjuiciantes políticos.

Por cuanto a la instancia de instrucción, la Constitución y su ley reglamentaria señalan que la Cámara de Diputados, como cámara acusadora, será la encargada de recibir la denuncia respectiva, realizar la investigación del caso, integrar el expediente de la averiguación, dar trámite al procedimiento de admisión, desahogo y valoración de pruebas, escuchar los alegatos de las partes (audiencia del inculpado) y, una vez cerrada la instrucción del juicio, turnar el asunto al Senado para que dicte la sentencia respectiva. Para que la Cámara de Diputados pueda promover la acusación en contra del funcionario judicial, se requiere que el dictamen de culpabilidad sea aprobado por una votación de mayoría absoluta, siendo ésta de más de la mitad del número total de votos de los diputados presentes en

la sesión respectiva. Ya que si no se logra tal votación, el asunto se desechará en definitiva y no podrá volver a presentarse sino hasta el siguiente periodo ordinario de sesiones, como cualquier otra iniciativa legislativa.

En caso de aprobarse la acusación, pasamos a la instancia de resolución o sanción. En ella, toca a la Cámara de Senadores, como cámara resolutora, erigirse en jurado de sentencia y dictar el fallo del caso. Sin embargo, por mandato constitucional el Senado debe nuevamente conceder la garantía de audiencia al juez inculpado, ya que sólo una vez agotado este derecho fundamental del hombre, del que también disfruta todo juzgador, puede procederse a dictar sentencia que declare culpable o absuelva al funcionario judicial que está siendo juzgado. Para que el Senado dicte la sentencia que sancione al juez inculpado, se requiere que dicha resolución sea aprobada por el voto de una mayoría especial de las dos terceras partes del número total de los senadores presentes en la sesión. Si no se logra dicha mayoría especial, entonces no habrá fallo condenatorio alguno que ejecutar en contra del juez acusado y, por ende, no podrá castigársele, ni tampoco podrá volvérsele a juzgar por la misma causa, dado que ha sido implícitamente absuelto al no haber sido condenado, respetándose en esta forma la garantía fundamental de *prohibición de nuevo o doble juicio* prevista por el artículo 23 de la ley suprema.

Dentro del juicio político los acuerdos y resoluciones que dicten las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables. Esto es, no procede juicio o recurso alguno en contra de los acuerdos de trámite ni de las resoluciones definitivas emitidas por las cámaras durante el desarrollo del juicio en cuestión. En consecuencia, no podría promoverse ni siquiera el juicio de amparo por parte del juez inculpado ni tampoco del denunciante, y mucho menos

una controversia constitucional en la cual el Ejecutivo Federal pretendiera demostrar interés jurídico o legítimo en el asunto. En tal sentido, el fallo con la naturaleza de inatacable que dicta el Senado durante un juicio político será sentencia definitiva y firme.

En caso de que el Senado dicte sentencia condenatoria, la sanción que se imponga deberá consistir tanto en la destitución del cargo de juez como en la inhabilitación durante un tiempo para desempeñar cualquiera otra función, empleo, cargo o comisión en el servicio público. La inhabilitación sólo podrá ser temporal, siendo actualmente hasta por un máximo de 20 años (Artículo 8° LFRSP),[8] por lo que nunca será perpetua o por tiempo indefinido, dado que violaría el *principio de proporcionalidad de las penas* que está reconocido como derecho fundamental del hombre por nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, tanto la Constitución como la LFRSP prevén las reglas, etapas e instancias que deben seguirse durante el curso del proceso y requieren cumplirse para que pueda emitirse una sentencia constitucionalmente válida.

Ahora, a pesar de lo dispuesto por nuestra ley suprema y su ordenamiento reglamentario, cabe afirmar que el contenido de tales normas y la forma en cómo se regula el desarrollo del juicio político, nos impiden concluir que se trate de un verdadero juicio de constitucionalidad o, cuando menos, de legalidad en el sentido estricto del término. Pues la manera en cómo están definidas las faltas o infracciones políticas, es decir, los actos u omisiones sancionables en que pueden incurrir o cometer los servidores públicos, resulta ser una forma de tipificar faltas o infracciones sumamente abstracta, pero sobretodo ambigua e imprecisa que se presta para inculpar y sancionar a prácticamente cualquier servidor público, incluidos desde luego los jueces, por casi cualquier acto que realice u omisión en que incurra.

[8] "Artículo 8°. Si la resolución que se dicte en el juicio político es condenatoria, se sancionará al servidor público con destitución. Podrá también imponerse inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público desde un año hasta veinte años".

Y no es que tal imprecisión de los actos u omisiones sea por una ausencia de técnica jurídica, sino que al parecer tal tipificación abstracta es en realidad la deseada ex-profesamente para este tipo de procesos de enjuiciamiento político. Su propia denominación lo indica, se llama juicio político porque se lleva a través de un proceso político para juzgar por razones políticas a un funcionario político, o por lo menos aparentemente político.

El problema de este tipo de juicio es que se trate de una clase de enjuiciamiento político que también incluye a los funcionarios judiciales, esto es, a servidores públicos que no forman parte de la clase política, los cuales han obtenido sus nombramientos de jueces con base en un sistema de méritos y experiencia, y que aún así mediante esta clase de juicio pueden ser destituidos e inhabilitados discrecionalmente de sus cargos.

No impugnamos la existencia del juicio político como tal, por el contrario sostenemos que tiene justificación para los funcionarios que desempeñen cargos auténticamente políticos; pero igualmente afirmamos que el mencionado sistema de enjuiciamiento resulta ser claramente inadecuado para juzgar a un juez por su actividad jurisdiccional.

En todo caso, coincidimos en que sea el Poder Legislativo Federal quien juzgue a los jueces, pero igualmente sostenemos que deben ser juzgados con base en causales específicas y claramente definidas, mediante un proceso revestido de formalidades estrictas que respeten las garan-

tías de legalidad, audiencia y debido proceso legal. En especial, si se considera que estará juzgándose a jueces por sus actuaciones judiciales. Resulta incongruente sostener que los jueces al juzgar sí están sujetos a reglas procesales estrictas y, por otra parte, que un tribunal político no está sujeto a reglas similares al momento de juzgar a los jueces.

El juicio político, tal como está diseñado actualmente en nuestra ley suprema, tiene dos fundamentos que lo sostienen: el primero, que el Congreso de la Unión, como uno de los tres poderes federales, es el que ostenta la representación soberana más alta de la nación, y por ende, es el poder del Estado Mexicano que debe juzgar a la clase política que dirige a la propia Nación; y, el segundo, que el juicio político es un proceso basado principalmente en la opinión pública o crítica generalizada en contra de un determinado funcionario del estado. Y es por tales fundamentos, que a través de esta clase de juicio, la ciudadanía puede provocar el cambio de sus gobernantes, cuando la propia sociedad estima que éstos han incumplido con su compromiso de dirigir a la nación mediante acciones de un buen gobierno.

Reiteramos, el juicio político tiene una razón de ser y justificación válida en el estado democrático contemporáneo, pero discrepamos que sea éste el tipo de juicio más adecuado para exigir responsabilidad a los jueces por su actividad jurisdiccional.

En cuanto a la real eficacia del juicio político en el sistema constitucional mexicano, resulta sorprendente reconocer que desde el inicio de la vigencia de la Constitución Federal de 1917, esto es desde el 1° de mayo del citado año, hasta el año de 2012, nunca se ha tramitado y desahogado

íntegramente[9] un juicio político en México. Entendemos que la inoperancia del juicio político deviene de una falta de tipos o causales de responsabilidad serias y precisas, pues la ausencia de ésta clase de causales lejos de justificar ante la opinión pública un proceso de responsabilidad política, más bien lo haría aparecer como un juicio inquisitorial o privativo en contra de persona determinada. Y, por otro lado, el fincamiento de la responsabilidad política también se ha obstaculizado y dejado de emplearse por la compleja red de intereses de los partidos y clase política que componen el Congreso de la Unión y el Poder Ejecutivo Federal.

Concluimos, en concordancia con el maestro Elisur Arteaga,[10] que el juicio político constituye un régimen jurídico de excepción que pretende otorgar protección constitucional al servidor público juzgador en México, pero a la vez afirmamos que por el alto grado de abstracción que muestran los tipos de las faltas o infracciones políticas y la clara ausencia de reglas procesales garantistas dentro del juicio, resultan altamente discrecionales las facultades del Congreso de la Unión para fincar la responsabilidad política e imponer una sanción a los jueces en México, sobre todo considerando que no son servidores públicos que tengan funciones políticas sino en todo caso funciones jurisdiccionales.

[9] Sólo en una ocasión la Cámara de Diputados ha turnado la acusación a la Cámara de Senadores, en donde el expediente fue congelado y quedó sin resolverse: Jorge Cervera Pacheco/1998.

[10] *Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2008, p. 868.

3. *Responsabilidad Jurídica*

El principio universal de igualdad ante la ley está consagrado en la Constitución Mexicana no sólo como un principio jurídico, sino específicamente como una regla elevada a la categoría de derecho fundamental del gobernado. En esta forma nuestra ley suprema reconoce la igualdad ante la ley de todas las personas, sin importar su origen étnico, genero, edad, condición social, religión, estado civil, entre otras (Artículos 1°, primero y último párrafos, y 4°, segundo párrafo, CPEUM).[11]

Sin embargo, la Constitución también establece ciertas salvedades y limitaciones a la regla de igualdad ante la ley. Al señalarse tales excepciones, se crea un régimen jurídico especial a favor de las personas en cuyo beneficio dispone tales salvedades. Las excepciones están previstas en el texto de la propia ley suprema mexicana a efecto de evitar un cuestionamiento de inconstitucionalidad sobre este régimen especial o privilegiado. La doctrina denomina a esas reglas especiales como normas *supraordinaras*, en razón de que a los funcionarios públicos que les benefician tales normas no les resulta aplicable la legislación ordinaria, al menos inicialmente. Sino que tales personas estarán sujetas y se les aplicará la norma especial creada para la

[11] "Articulo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

"Artículo 4°. ...

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia..."

protección del funcionario, particularmente considerando que ocupa un cargo púbico al momento de incurrir una conducta sancionada por ley.

A continuación, desarrollamos las tres clases de responsabilidades que comprende la responsabilidad jurídica, que son: la penal, la administrativa (disciplinaria) y la patrimonial (civil).

3.1. *Responsabilidad Penal*

En principio todo servidor público durante su encargo es responsable de los delitos que cometa. Aún cuando un individuo esté desempeñando un cargo público es responsable penalmente. Los funcionarios públicos no cuentan con inmunidad penal por el solo hecho de ocupar un cargo público y prestar sus servicios al Estado Mexicano. Por ende, tales funcionarios pueden ser denunciados penalmente a pesar de estar en ejercicio de un cargo público, independientemente de que tales delitos hayan sido cometidos antes del inicio de su encargo o durante el desempeño del mismo, y éstos últimos estén relacionados con el ejercicio de sus funciones públicas o sean por actos ajenos al cargo público respectivo.

Sin embargo, dada la relevancia de las funciones estatales que tienen encomendadas ciertos servidores con motivo de su cargo, la Constitución Mexicana estima pertinente que algunos servidores públicos específicamente determinados, deben estar protegidos en contra de posibles acciones penales que puedan intentarse en su contra, Por ello, nuestra ley suprema prevé la existencia del *fuero constitucional* y *fuero de guerra* como regímenes de excepción creados para proteger jurídicamente a la persona del funcionario investido con dicho fuero (Arts. 13, 61 y 111, CPEUM). Éstos son los únicos fueros o regímenes jurídicos espe-

ciales que admite la ley fundamental como excepción al principio de igualdad ante la ley, por lo que salvo estos dos fueros ningún otro es reconocido por el sistema jurídico mexicano.

Cabe precisar que el fuero se otorga al funcionario en razón del cargo público que ocupa, no por la persona en sí misma. Si la persona no tuviere un cargo público no tendría fuero alguno. Y, por otra parte, concluido el cargo público también concluye inevitablemente el fuero. Pero no por el solo hecho de tener la calidad de servidor público se poseé el privilegio del fuero. Solamente estarán protegidos con fuero los servidores públicos que expresa y limitativamente —*numerus clausus*— señala la Constitución. Ya que la ley suprema sólo busca otorgar esta inmunidad a los servidores públicos que toman o ejecutan las decisiones de gobierno de mayor trascendencia para el Estado Mexicano. Así pues, no todos los servidores públicos poseen fuero, sino solamente aquéllos que de manera expresa señala la propia Constitución.

En este ensayo sólo abordaremos el fuero constitucional por ser este el régimen de inmunidad que protege a los servidores públicos que se desempeñan como jueces. La Constitución Mexicana estima que determinados servidores públicos juzgadores, entre ellos los Ministros de la Suprema Corte de la Nación y los Magistrados de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Art. 111, párrafo primero, CPEUM), deben estar revestidos de cierta inmunidad o fuero para protegerlos de las acciones penales que se intenten en contra de sus personas; ello en razón de la importancia de las funciones jurisdiccionales que realizan.[12] En tal virtud, a tales

[12] A continuación se insertan los artículos 111 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra disponen:

Ministros y Magistrados Electorales no se les podrá acusar

"Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, *los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal*, los Secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.

Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.

Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.

Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, *Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales*, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.

El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia.

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados."

"Artículo 112. No se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados cuando alguno de los servidores públicos a que hace referencia el

y procesar penalmente mientras disfruten de la inmunidad o fuero constitucional en cuestión.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son los máximos jueces constitucionales en nuestro país, dado que no solamente son los juzgadores con el más alto rango jerárquico dentro de la estructura judicial federal, sino sobre todo son los jueces integrantes del máximo tribunal constitucional existente dentro de la organización judicial del Estado Mexicano. La Suprema Corte de Justicia, aun cuando es el más alto tribunal del Poder Judicial Federal, como su propia denominación lo indica, es un tribunal de toda la nación mexicana no solamente de cuestiones de orden federal (Arts. 94 y 105, CPEUM).

Como ya se indicó, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral también cuentan con fuero constitucional, en México los Magistrados de la Sala Superior son los más altos juzgadores en materia electoral.[13] Esta función jurisdiccional no se encuentra conferida a la Suprema Corte de Justicia sino al citado Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.[14] Este tribunal también es un órgano juzgador de carácter nacional al resolver

párrafo primero del artículo 111 cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su encargo.

Si el servidor público ha vuelto a desempeñar sus funciones propias o ha sido nombrado o electo para desempeñar otro cargo distinto, pero de los enumerados por el artículo 111, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto.

[13] "Artículo 99. El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial del Federación..."

[14] Salvo los supuestos de acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales federales o locales y de contradicción de tesis entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral que le corresponden resolver al Pleno de la propia Suprema Corte de Justicia (Arts. 105, fracción II, y 99, séptimo párrafo, CPEUM).

controversias derivadas tanto de leyes electorales de orden federal como de nivel local.

Por otra parte, en el artículo 111 constitucional se incluye como sujetos beneficiados con el fuero constitucional a los magistrados de los tribunales superiores de justicia de los estados. Aquí también encontramos un trato desigual, que parece deberse más a la falta de actualización del texto constitucional que mantiene una terminología obsoleta y no así a la verdadera intención del constituyente, ya que algunos juzgadores quedan aparentemente desprovistos del fuero, a menos que se haga una interpretación extensiva y un tanto forzada, pero que pudiera ser válida. En efecto, el artículo 111 constitucional únicamente incluye a los juzgadores de los tribunales superiores de justicia "de los estados", dejando fuera al Distrito Federal y a todos los magistrados de los tribunales electorales y contencioso administrativos locales, agravándose la deficiencia cuando inmediatamente después, el propio artículo 111 incluye a *los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales*, en donde sí comprendería al Distrito Federal.

Hemos dicho que los funcionarios públicos, incluidos los Ministros de la Suprema Corte y los Magistrados Electorales de la Sala Superior, son responsables de los delitos cometidos con independencia de ocupar tales cargos públicos. Pero el fuero constitucional impide que tales juzgadores puedan ser sujetos de un proceso penal, sea por la comisión de delitos federales o locales, hasta en tanto dicho fuero no sea removido. Y este fuero sólo se les podrá retirar si se sigue el procedimiento previsto en el citado artículo 111 constitucional y en la LFRSP. A este procedimiento se le conoce como proceso de desafuero o declaración de procedencia.

En cuanto al desarrollo del proceso de desafuero, la Constitución señala que a la Cámara de Diputados le corresponde actuar como órgano calificador de la posible responsabilidad penal, encargándose de resolver si existe o no la probable comisión de un delito por el cual deba retirársele el fuero a un Ministro o Magistrado Electoral. Para iniciar tal proceso es necesario que el ministerio público federal o local presente la solicitud de declaración de procedencia de acción penal respectiva ante la Cámara de Diputados, la cual deberá sesionar con el quórum ordinario, es decir más de la mitad del número total de sus miembros, y en caso de pretender aprobar el desafuero respectivo deberá hacerlo mediante una votación de mayoría absoluta.

Al final, la Cámara de Diputados resolverá si procede retirar el fuero a un funcionario revestido del mismo en los términos que establece la Constitución y la ley. Para llegar a ese corolario, se sigue el procedimiento que establece la LFRSP en sus artículos 25 y siguientes. La denuncia puede presentarse por cualquier ciudadano o el Ministerio Público; debe ser por escrito y ratificarse dentro de los siguientes tres días naturales, ante la Cámara de Diputados.

Se turna a la Sección Instructora, órgano colegiado integrado por 4 diputados (enmanados de la Comisión Jurisdiccional)[15] y a los coordinadores de los grupos parlamentarios. La Sección Instructora debe practicar todas las diligencias conducentes a dilucidar la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección dictaminará

[15] Artículo 40 punto 5. de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

si corresponde proceder penalmente en contra del inculpado. (Art. 25, LFRSP).

Si a juicio de la Sección, la imputación fuese notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que ésta resuelva si se continúa o desecha, sin perjuicio de reanudar el procedimiento si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen. De lo contrario, la Sección deberá rendir su dictamen en un plazo de 60 días hábiles.

Dada cuenta del dictamen correspondiente, el Presidente de la Cámara anuncia a ésta que debe erigirse en Jurado de Procedencia al día siguiente a la fecha en que se hubiese depositado el dictamen, haciéndolo saber al inculpado y a su defensor, así como al denunciante, al querellante o al Ministerio Público, en su caso (Art. 26, LFRSP). Así, el día designado, previa declaración del Presidente de la Cámara, ésta conoce en Asamblea del dictamen que la Sección le presente, previa lectura de las constancias o una síntesis sustancial, y de las conclusiones. Acto seguido, se concede la palabra al denunciante y enseguida al juzgador o a su defensor. Podrá replicarse por ambas partes (Art. 20, LFRSP).[16]

Si la Cámara de Diputados declara por mayoría absoluta que ha lugar a proceder contra el juzgador inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes. En caso negativo, no habrá lugar a procedimiento ulterior mientras subsista el fuero, pero tal declaración no será obstáculo para que el procedimiento continúe su curso cuando el servidor público haya concluido el desempeño de su empleo, cargo o comisión (Art. 28, LFRSP).

[16] "Artículo 38. Las Cámaras no podrán erigirse en órgano de acusación o Jurado de Sentencia, sin que antes se compruebe fehacientemente que el servidor público, su defensor, el denunciante o el querellante y en su caso el Ministerio Público han sido debidamente citados."

El mismo artículo establece que por lo que toca a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados a quienes se les hubiere atribuido la comisión de delitos federales, la declaración de procedencia que al efecto dicte la Cámara de Diputados, se remitirá a la Legislatura Local respectiva, para que en ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda y, en su caso, ponga al inculpado a disposición del Ministerio Público Federal o del órgano jurisdiccional respectivo.[17] La resolución de la Cámara de Diputados es inatacable (Art. 30, LFRSP).

3.2. *Responsabilidad Administrativa (disciplinaria)*

Todo aquello que no tipifica un delito, y tampoco implica un acto jurisdiccional, por exclusión actualiza una infracción administrativa; conducta que generalmente se juzga por la instancia expresamente facultada dentro del propio órgano al que pertenece el juzgador presunto infractor. Para estos efectos en las últimas décadas se han instituido los llamados consejos de la judicatura o juntas de gobierno dentro de los propios tribunales, que tienen como función esencial la administración del órgano en cuestión, y paralelamente juzgar las faltas o infracciones administrativas del personal jurisdiccional, incluyendo, además de los jueces, a otros funcionarios como a los secretarios generales, de acuerdos o de estudio y cuenta.

Afortunadamente en este rubro el derecho mexicano ha evolucionado, a través de los criterios jurisprudenciales, al distinguir lo administrativo de lo jurisdiccional para efectos de responsabilidad. Esto redunda en favor de la administración de justicia y la independencia del juzgador, que históricamente ha sido hostigado, inclusive dentro de los propios órganos a los que pertenece, ya sea por tener criterios distintos a los de las instancias de alzada en cuestiones meramente jurisdiccionales, por contravenir los intereses políticos en turno, o simplemente porque al justiciable no le favorece el fallo; casos todos estos por lo que los juzgadores han querido ser cuestionados mediante queja administrativa, lo cual desvirtúa y desnaturaliza esta vía, pues al quererse aplicar a un acto jurisdiccional (no administrativo) se está creando un recurso más dentro del proceso y se está limitando y controlando inconstitucionalmente al juzgador.

La base constitucional de esta faceta la encontramos en la primera parte del primer párrafo del artículo 113 de la CPEUM, que a la letra dice:

> ARTÍCULO 113. Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados...

Respecto a los datos empíricos, únicamente el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) los presenta de forma ordenada y concentrada (Ver ANEXO ÚNICO), y además

[17] "Artículo 29. Cuando se siga proceso penal a un servidor público de los mencionados en el artículo 111 Constitucional, sin haberse satisfecho el procedimiento al que se refieren los artículos anteriores, la Secretaría de la misma Cámara o de la Comisión Permanente librará oficio al Juez o Tribunal que conozca de la causa, a fin de que suspenda el procedimiento en tanto se plantea y resuelve si ha lugar a proceder".

resultan sumamente gráficos e ilustrativos de la situación. Quizá la principal conclusión sea que iniciar un procedimiento administrativo en contra de un juzgador federal y sancionarlo, son excepcionales, por lo menos proporcionalmente al número total de servidores públicos en cuestión y a la temporalidad considerada; es decir, en 17 años (1995 a 2012), solamente se actualizó el supuesto en 1023 casos, que es un número relativamente menor proporcional y comparativamente, dado el número total de funcionarios y la intensidad de la actividad desarrollada dentro del PJF.

Deficiencias legislativas han provocado que la interpretación y evolución de esta faceta de la responsabilidad, se haya dado a través de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y de los criterios en materia disciplinaria del Consejo de la Judicatura Federal;[18] en donde la responsabilidad administrativa del juez ha sido desmarcada de las demás clases, desarrollada conceptualmente, y también precisada e integrada en cuanto a sus términos, contenidos y alcances.

El mayor avance que se ha logrado al respecto en las últimas dos décadas es que el Pleno de la SCJN, mediante tesis de jurisprudencia definidas, ya se pronunció respecto de la obligada diferenciación que debe existir entre una presunta irregularidad administrativa y una cuestión meramente jurisdiccional (Tesis: P./J. 15/90 y P./J. 15/91).[19]

[18] "Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

...

La administración, *vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación*, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a *cargo del Consejo de la Judicatura Federal* en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes..."

[19] Tesis: P./J. 15/90. QUEJA ADMINISTRATIVA. NO ES UN RECURSO POR VIRTUD DEL CUAL SE ESTUDIE, ANALICE Y RESUELVA

Con cierta contundencia establece una terminología que si bien admite interpretaciones alcanza un nivel mínimo indispensable de concreción, al exigir que el examen de una conducta impugnada en vía de queja administrativa, debe *circunscribirse... a ineptitud manifiesta, mala fe, deshonestidad o alguna otra seria irregularidad en la actuación de los funcionarios judiciales* y no a *criterios o problemas jurídicos*, ya que estos sólo pueden ser impugnados por las vías procesales específicas; de lo contrario se estaría desnaturalizando la esencia del procedimiento disciplinario. Sobra decir que esto resulta indispensable para evitar un intromisorio control indirecto del juzgador a través del cuestionamiento de su criterio y su libertad de juicio.

En el mismo sentido, la mayoría de las ejecutorias aisladas de los tribunales federales han continuado la línea de

SOBRE LA LEGALIDAD DE UNA RESOLUCIÓN. Del contenido de la queja sólo deben tomarse en consideración los hechos que aludan a la comisión de una pretendida falta en el despacho de los negocios a cargo de un funcionario judicial. De ahí que, por regla general, no es procedente analizar los fundamentos de una resolución, ni menos pronunciarse al respecto, pues ello equivaldría a tratar la queja, como si fuera un recurso, lo cual carece de fundamento legal. Octava Época. Registro: 205872. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. VI, Primera Parte, Julio a Diciembre de 1990. Gaceta número 35, Noviembre de 1990, página 20.

Tesis: P./J. 15/91. QUEJA ADMINISTRATIVA. VERSA SOBRE IRREGULARIDADES ATRIBUIDAS A FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL FEDERAL Y NO SOBRE CRITERIOS JURÍDICOS. La llamada "queja administrativa" cuya existencia se deriva de lo previsto en la fracción VI del artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, tiene como propósito que el Pleno de la Suprema Corte conozca y decida si la conducta de magistrados y jueces es correcta, por lo que esa instancia debe circunscribirse al examen de conductas que revelen ineptitud manifiesta, mala fe, deshonestidad o alguna otra seria irregularidad en la actuación de los funcionarios judiciales. Por consiguiente, en dicha instancia no pueden examinarse de nueva cuenta, para efectos jurisdiccionales, los problemas jurídicos controvertidos en un caso concreto, para determinar si la Suprema Corte comparte el criterio jurídico sustentado o si existe alguna irregularidad técnica en una sentencia que, en muchos casos, tiene el carácter de ejecutoria. Octava Época. Registro: 205811. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. VII, Mayo de 1991.

la distinción entre una falta administrativa y un acto jurisdiccional, aportando algunas ideas y agregando vocablos precisos e ideas concretas en favor de un marco de trabajo más justo para juzgar.[20]

[20] Tesis: IV.3o.C.44 C. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUZGADORES DEL ORDEN COMÚN. NO PROCEDE, SI NO SE ACREDITA UNA ACTUACIÓN IRREGULAR EN SU FUNCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Novena Época. Registro: 164 241. Localización: XXXII, Julio de 2010.

Tesis: I.12o.A.51 A. MAGISTRADOS Y JUECES. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS. Novena Época. Registro: 174 229. Localización: XXIV, Septiembre de 2006.

Tesis: VI.3o.A.332 A. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS JUZGADORES. EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS SON PLENAMENTE APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DE CARGA DE LA PRUEBA QUE IMPERAN EN MATERIA PENAL. Época: Novena Época. Registro: 164 921. Localización: XXXI, Marzo de 2010.

Tesis: I.8o.A.128 A. RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. LA OMISIÓN DE UN JUEZ DE ACORDAR TODAS LAS CUESTIONES PROPUESTAS POR LAS PARTES EN UNA PROMOCIÓN QUE FUE SUBSANADA POSTERIORMENTE, NO CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN QUE DEBA SER SANCIONADA, SI NO SE ACREDITA QUE HUBIERA SIDO POR NEGLIGENCIA, MALA FE O DOLO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. Novena Época. Registro: 171 056. Localización: XXV Criterio Número: 109. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. PRESUPUESTOS PARA QUE SE ACTUALICE CUANDO SE ALEGA EL INCUMPLIMIENTO DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL, REGLAMENTARIA O ADMINISTRATIVA RELACIONADA CON EL SERVICIO PÚBLICO. Para que se actualice la causa de responsabilidad administrativa por incumplimiento de alguna disposición normativa, es necesario que el contenido de ésta no deje lugar a dudas sobre la obligatoriedad de la conducta que debe observar el servidor público, que ese deber le sea imputable y que sobre estos elementos no se requiera realizar una labor interpretativa, ya que esta última es una facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales y no del Consejo de la Judicatura Federal. Queja administrativa 265/2006.

Criterio Número: 10. CRITERIO SOSTENIDO EN RESOLUCIONES JUDICIALES. SU VARIACIÓN NO CONSTITUYE CAUSA DE RESPONSABILIDAD.

Por su parte, el CJF también ha participado en el desarrollo y comprensión de la responsabilidad administrativa a través de la emisión de criterios, que si bien en la mayoría de los casos protegen al juzgador con elementos sólidos en defensa de su autonomía, en otros todavía se debate y muestra cierta indecisión, lo que produce confusión entre lo administrativo y lo jurisdiccional, e inclusive exponen al juzgador a cuestiones altamente subjetivas al introducir frases como la *falta de respeto o la falta de objetividad*, cuyo contenido es por naturaleza relativo y variable según quien emita el juicio de valor al respecto, al igual que vocablos (calificativos) que pueden llevar a la discrecionalidad como DILACIÓN EXCESIVA y ERRORES PATENTES Y CLAROS.[21]

3.3. *Responsabilidad Civil (patrimonial)*

También en las últimas décadas, se implementó a nivel constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano, que antes era considerado civilmente irrespon-

Criterio Número: 121. JURISPRUDENCIA. SU INOBSERVANCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CUANDO SE PUDIERA CONSIDERAR NOTORIA SU APLICACIÓN.

Criterio Número: 122. FALTA DE RESPETO. SU UBICACIÓN COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Denuncia Administrativa 75/2008.

Criterio Número: 106. FALTA DE OBJETIVIDAD EN EL DESEMPEÑO JURISDICCIONAL. HIPÓTESIS QUE CONFIGURA CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. Queja administrativa 305/2006.

[21] Criterio Número: 5. DILACIÓN EXCESIVA EN LA ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE SENTENCIA. POR REGLA GENERAL ES CAUSA DE RESPONSABILIDAD. Queja administrativa 15/99.

Criterio Número: 57. ERRORES JUDICIALES. SON SANCIONABLES ATENUADAMENTE, CUANDO SIN SER INEXCUSABLES, RESULTAN PATENTES Y CLAROS. Queja administrativa 454/2000. I, Octubre de 2007.

sable (reforma al artículo 113, DOF 14/06/02). Por ende, se estableció la facultad de juzgar por esta vía a la autoridad, que por naturaleza compete a los juzgados civiles (federales o locales según sea el caso); sin embargo, esta atribución se ha compartido, en algunos casos, con los tribunales de lo contencioso administrativo.

Desde la firma del Pacto de San José (1969), México había integrado a su derecho positivo la responsabilidad de indemnizar por afectación del fallo derivado de un error judicial; sobra decir que el punto más importante es precisar lo que ello significa y cuándo se está ante tal situación.

El fundamento de este rubro lo encontramos en distintas disposiciones constitucionales y convencionales:

Segundo párrafo del artículo 113 constitucional:

> ARTÍCULO 113...
> La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José):

> ARTÍCULO 10. Derecho a Indemnización
> Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.[22]

[22] CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html Consultada 9/7/12.

Con fundamento en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE),[23] el Estado podrá repetir en contra del juez la indemnización cubierta, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos en el que se haya determinado su responsabilidad y la falta administrativa sea de carácter grave; es decir, no siempre podrá el Estado repetir en contra del juzgador, sino sólo en estos casos. El monto que se exija al servidor público formará parte de la sanción económica que se le aplique.[24]

Tenemos así, que previo a llegar directamente con el juez, el Estado deberá ser juzgado y condenado por daño patrimonial. A nivel federal es la citada LFRPE la que regula el proceso, que deberá ventilarse ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), y son sujetos de dicha ley todos los entes públicos federales, entre los que se encuentra el Poder Judicial, así como todos los órganos jurisdiccionales autónomos;[25] aunque por razón de jerarquía, no todos los servidores públicos contemplados podrán ser juzgados por dicho Órgano Jurisdiccional. Por su parte, la entidad capital de la República, el Distrito Federal, también cuenta con una Ley de Responsabilidad Patrimonial,[26] que en términos generales sigue la misma línea de la legislación federal, al igual que diversos estados de la Federación, pues cabe precisar que no todas las entidades federativas han implementado la legislación equiva-

[23] DOF 31/12/04. Artículos 31 al 35. .

[24] Villarreal Corrales, Lucinda, La Justicia Administrativa, el Procedimiento Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado, en Compendio de Justicia Administrativa, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, 571-585 pp.

[25] Artículo 2° LFRPE.

[26] *Gaceta Oficial del D.F.* 21/10/08.

lente al respecto.[27] El DF también otorga competencia a su Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Las reglas y principios del proceso federal ante el TFJFA, son congruentes con su naturaleza, es decir, buscan un justo medio para lograr la equidad de las partes en la controversia; y así, se establece que el daño deberá acreditarse tomando en cuenta criterios más o menos objetivos.

En términos generales el fincamiento de responsabilidad civil del Estado, sigue reglas y principios básicos. Los primeros se establecen desde el artículo 113 arriba transcrito, en cuanto a que la responsabilidad será objetiva y directa (como causa de un daño al particular), que se complementan, al mismo nivel, con lo establecido en la también citada CADH, no sólo por la jerarquización derivada de la multicitada reforma constitucional de 2011 (artículo 1°), sino por remisión expresa y específica de la propia LFRPE en su artículo 2° respecto del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana por parte del Estado mexicano.

Ya en la legislación secundaria, la LFRPE establece que no procederá la indemnización en los casos no previsibles o evitables debido al estado de los conocimientos y la técnica existente en el momento de los hechos, y cuando el solicitante de la indemnización sea el causante del daño (artículo 3°).

El contenido del artículo 4° resulta especialmente relevante para el caso de los jueces, al establecer que los daños y perjuicios patrimoniales, incluyendo personales y morales, deben ser reales, evaluables en dinero, relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población. Pensamos que esto logra un sano equilibrio en una legislación de este tipo, al limitar los supuestos y evitar los excesos y el fraude a la ley. En el mismo tenor, y a efecto de combatir el abuso de derecho, el artículo 10 faculta (y obliga) a los entes públicos a denunciar ante el Ministerio Público a toda persona que directa o indirectamente participe, coadyuve, asista o simule la producción de daños para la acreditación indebida de responsabilidad patrimonial del Estado, o para la obtención indebida de indemnizaciones.

[27] Sólo 13 entidades federativas cuentan con ley de la materia: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Querétaro, Tamaulipas, y Veracruz. Faltan 19: Campeche, Chiapas, Coahuila, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luís Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán, y Zacatecas.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 5 de febrero de 1917).

Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos (DOF 30 de diciembre de 1982).

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (DOF 13 de marzo de 2002).

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (DOF 31 de diciembre de 2004).

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal (GODF 21 de octubre de 2008).

Doctrina

Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2008, 1135 pp.

_____, *Garantías Individuales*, 1ª. ed., Oxford University Press, México, 2009, 903 pp.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución en Serio (Multiculturalismo, Igualdad y Derechos Sociales)*, 1ª. ed. Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2005, 272 pp.

CÁRDENAS, Raúl F., "La Reforma al Título Cuarto de la Constitución de 1917", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* Núm. 7, Escuela Libre de Derecho, México, 1983.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón y FIX ZAMUDIO Héctor, *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*, Sección de Obras de Política y Derecho, 1ª. ed., FCE, México, 1999, 643 pp.

FIX FIERRO, Héctor, *Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio Sociojurídico sobre la Racionalidad Económica en la Función Judicial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2006, 382 pp.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Responsabilidad de los Jueces en el Ordenamiento Mexicano*, en Comunicaciones Mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas 1982), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie Cuadernos de Derecho Comparado. Núm. 14., México, 1984, 59-118 pp.

GAMAS TORRUCO, José, *Derecho Constitucional Mexicano*, 1ª. ed., Porrúa–UNAM, México, 2011, 1168 pp.

HERRERA Y LASSO, Manuel, *Estudios Constitucionales*, 1ª. ed., Editorial Jus-Escuela Libre de Derecho, México, 1964, 322 pp.

_____, *Estudios Políticos y Constitucionales*, 1ª. ed., Miguel Ángel Porrúa Librero Editor, México, 1986, 551 pp.

MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura*, 4ª. ed., actualizada, Porrúa, México, 2000, 284 pp.

QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 1ª. ed., Porrúa, México, 2006, 757 pp.

Suprema Corte de Justicia, *Libro Blanco de la Reforma Judicial, Una Agenda para la Justicia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, México, 2006, 438 pp.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 40ª. ed., Porrúa, México, 2009, 653 pp.

VILLARREAL CORRALES, Lucinda, *La Justicia Administrativa, el Procedimiento Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, en Compendio de Justicia Administrativa, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, 571-588 pp.

ANEXO ÚNICO
Sanciones administrativas impuestas a juzgadores

	APER. PRIV.	AMON. PRIV.	APER. PÚB.	AMON. PÚB.	SUSP.	INHAB.	DEST.	SAN. ECON.	TOTAL	Miembros 2011
Magistrados de Circuito	116	33	19	44	26	4	7	0	249	
Colegiados										579
Unitarios de Distrito										77
Jueces de Distrito	197	35	26	54	41	3	11	2	369	318
Secretarios de Tribunal	30	3	6	17	10	6	4	1	77	
Secr de Colegiado										3908
Secr. Unitarios										487
Secretarios de Juzgado	103	9	6	25	12	14	14	4	187	2451
Actuarios Judiciales	39	2	5	12	10	2	6	0	76	
Unitarios										174
Colegiado										533
Juzgado Dto										1210
Defensores Públicos Federales	21	4	5	8	10	1	5	0	54	
Oficiales Judiciales	2	0	1	0	2	4	2	0	11	
Total	508	86	68	160	111	34	49	7	1,023	

* Esta cifra corresponde al ingreso al mes de abril de 2012.
• Total de servidores públicos sancionados: 1,023
Fuente: http://www.cjf.gob.mx/default.html (consultada 27/08/12).
http://www.cjf.gob.mx/AtlasCJF/docs/Atlas_CJF.pdf (consultada 27/08/12).

LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

ROBERTO ROMBOLI*

RESUMEN: La disciplina de la responsabilidad de los magistrados reviste en cada ordenamiento una posición absolutamente particular y de extrema delicadeza, en cuanto viene a ponerse inevitablemente en estrecha conexión con los fundamentos principales de la autonomía, la independencia y la imparcialidad de la autoridad judicial, así como con el necesario control en orden a la profesionalidad del magistrado. Evidentemente es en realidad el riesgo de un uso instrumental de la responsabilidad con el propósito de influir o intentar influir en la decisión del juez. En consideración de ello el ensayo se abre con una parte dedicada a la evolución del rol del juez en Italia, como consecuencia de la realización del estado constitucional, del estado social de la Unión Europea, que ha producido una verdadera "revolución" sintetizable en la transición de un magistrado "boca de la ley", mecánico aplicador del deseo del legislador a un magistrado "creador" del derecho. En la parte central viene en cambio desarrollada una exposición crítica de las varias formas de responsabilidad del juez en el ordenamiento italiano, sea de aquellos que tienen un fundamento de carácter más general (la responsabilidad política y la responsabilidad constitucional) sea de aquellas de naturaleza jurídica. Entre éstas se presta particular atención a la responsabilidad disciplinaria, individualizando el fundamento, el procedimiento, el caso del ilícito y las sanciones, así como la responsabilidad civil. De esto último vienen identificados los principios constitucionales y reconstruida la evolución

* Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Pisa.

de la normatividad. Específicamente viene analizada la influencia habida sobre tal disciplina de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea y las consecuentes hipótesis de modificación discutidas en Italia. Algunas notas son finalmente dedicadas a la responsabilidad contable y a la responsabilidad penal del juez. El artículo se cierra con una reflexión en orden a la aplicación a la actividad jurisdiccional del principio "donde está el poder debe estar la responsabilidad", en el cual se examina el problema relativo a la configuración de la magistratura como "poder" del Estado y se analiza la legitimación del derecho jurisprudencial, diversificándolo de aquellas del derecho legislativo o político.
PALABRAS CLAVE: Constitución. Magistratura. Responsabilidad. Independencia del Juez. Derecho jurisprudencial.

ABSTRACT: La disciplina della responsabilità dei magistrati riveste in ogni ordinamento una posizione assolutamente particolare e di estrema delicatezza, in quanto viene a porsi inevitabilmente in stretta connessione con i fondamentali principi di autonomia, indipendenza e imparzialità dell'autorità giudiziaria, nonché con il necessario controllo in ordine alla professionalità del magistrato. Evidente è infatti il rischio di un uso strumentale della responsabilità al fine di influire o tentare di influire sulla decisione del giudice. In considerazione di ciò il saggio si apre con una parte dedicata alla evoluzione del ruolo del giudice in Italia, quale conseguenza della realizzazione dello stato costituzionale, dello stato sociale e dell'Unione europea, che ha prodotto una vera "rivoluzione" sintetizzabile nel passaggio da un magistrato "bocca della legge", meccanico applicatore del volere del legislatore ad un magistrato "creativo" del diritto. Nella parte centrale viene invece svolta una esposizione critica delle varie forme di responsabilità del giudice nell'ordinamento italiano, sia di quelle aventi un fondamento di carattere più generale (la responsabilità politica e la responsabilità costituzionale), sia di quelle di natura giuridica. Tra queste particolare attenzione viene prestata alla responsabilità disciplinare, individuando il fondamento, il procedimento, le fattispecie di illecito e le sanzioni, nonché alla responsabilità civile. Di quest'ultima vengono identificati i principi costituzionali e ricostruita l'evoluzione della normativa. Specificamente viene analizzata l'influenza avuta su tale disciplina dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed alle conseguenti ipotesi di modifica discusse in Italia.

Alcuni cenni sono infine dedicati alla responsabilità contabile ed alla responsabilità penale del giudice. Lo scritto si chiude con una riflessione in ordine all'applicazione all'attività giurisdizionale del principio "dove è il potere deve esservi responsabilità", in cui viene esaminato il problema relativo alla configurabilità della magistratura come "potere" dello stato e viene ricercata la legittimazione del diritto giurisprudenziale, diversificandola da quella del diritto legislativo o politico.
PAROLE Chiave: Costituzione. Magistratura. Responsabilità. Indipendenza del giudice. Diritto giurisprudenziale.

I. TRE PREMESSE

La riflessione su un tema assai importante e delicato quale quello del fondamento e delle forme di responsabilità nei confronti di chi svolge funzioni giurisdizionali, con il compito principale quindi di garantire il rispetto delle regole giuridiche, necessita di alcune considerazioni preliminari riguardo ad aspetti che vengono necessariamente ad influire sul tema da trattare e sulle soluzioni da valutare.

Una prima, più generale, riguarda il ruolo che in un determinato ordinamento viene riconosciuto al giudice, nella sua funzione giurisdizionale. Si pensi alle differenze che si pongono a seconda che ci riferiamo ad ordinamenti di *common law* oppure di *civil law*.

Nell'esperienza nordamericana il ruolo che viene assegnato al giudice è quello di garante dei diritti fondamentali, anche in particolare nei confronti del potere politico e del legislatore, come espressione della superiorità della Costituzione (potere costituente) nei confronti della legge (potere costituito).[1]

Assai diversa, e per certi aspetti quasi opposta, la situazione nell'Europa continentale, dove si assiste ad un passaggio traumatico dallo stato assoluto allo stato liberale attraverso una rottura con il vecchio ordinamento e la necessità quindi di stabilire un catalogo di diritti da preservare e da rafforzare. Il compito di garante della attuazione e della effettività di questi diritti non viene però riconosciuto ai giudici, quanto prioritariamente al soggetto politico, in quanto le costituzioni appaiono principalmente come un programma politico che deve essere attuato in particolare da parte del legislatore, il quale viene quindi ad assumere in proposito un ruolo centrale.[2]

La situazione subisce un profondo mutamento con le costituzioni successive alla seconda guerra mondiale, approvate a seguito ed in risposta alle esperienze degli ordinamenti totalitari ed autoritari nazisti e fascisti, i quali fanno cadere l'illusione di una legge comunque giusta, in quanto espressione della sovranità popolare e pongono con decisione la necessità di prevedere istituzioni di garanzia, collocate in posizione di autonomia e di indipendenza di fronte al potere politico ed in grado di impedire un ritorno alla dittatura e di offrire una reale tutela dei diritti fondamentali.

[1] Nel noto paragrafo 78 del Federalista di Hamilton è previsto che i giudici, a fronte di un'antinomia fra una legge fondamentale ed altra che tale non è, debbono conformare la propria pronuncia alla prima, allo stesso modo come nella successione temporale delle leggi si fa prevalere la legge successiva rispetto alla precedente. In entrambi i casi si tratterebbe di una regola di interpretazione derivante dalla natura delle cose.

E' partendo da questi principi e dal riconoscimento del ruolo dei giudici quali garanti dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione che, dopo pochi anni, in quel paese si realizzerà il primo modello di giustizia costituzionale, con carattere diffuso, dichiarativo ed incidentale, introdotto in via giurisprudenziale a partire dalla pronuncia *Marbury versus Madison* del 1803.

[2] Non altrettanto può dirsi per il giudice che viene al contrario visto con sospetto, risentendo della posizione assunta di funzionario al servizio del potere regio e ritenuto quindi di conseguenza potenzialmente ostile nei confronti dei nuovi diritti riconosciuti dalle costituzioni, oltre che privo di qualsiasi legittimazione democratica.

Le fonti del diritto si riducono pertanto sostanzialmente alla sola legge e netto è il primato della scelta politica sulla giurisdizione, espressa da funzionari, meccanici applicatori della legge, cui non è riconosciuto alcun margine di discrezionalità neppure in sede di interpretazione della stessa (si pensi all'istituto del *référé législatif*). I giudici sono la mera "*bouche de la loi*", secondo la celebre definizione di Montesquieu.

L'eventuale contrasto tra la legge e la Costituzione non viene, di conseguenza, risolto alla maniera appena vista con riguardo all'ordinamento nordamericano, ma attraverso l'esaltazione della democrazia rappresentativa. La legge, in quanto approvata dai diretti rappresentati del corpo elettorale e quindi espressione della sovranità popolare, non può che essere "giusta" e comunque non può essere posta in discussione da alcuno, tantomeno da parte dei giudici.

L'onnipotenza del legislatore e l'assenza di limiti precludono quindi qualsiasi ipotesi di controllo di costituzionalità sotto l'aspetto sostanziale ed impediscono quindi il sorgere di una giustizia costituzionale.

Una seconda necessaria premessa concerne le garanzie riconosciute all'attività giurisdizionale e in questo senso in Italia, con la Costituzione del 1948, è stata disciplinata, in un apposito titolo, "la magistratura", circondando la stessa di tutta una serie di garanzie, tali da distinguere nettamente lo *status* del magistrato rispetto a quello degli altri dipendenti pubblici.

In particolare gli elementi più caratterizzanti rispetti al passato, e che qualificano il "modello italiano di ordinamento giudiziario", possono essere riassunti in quattro punti: *a*) l'autonomia e l'indipendenza "esterna", ossia nei confronti di possibili influenze provenenti appunto dall'esterno della magistratura e dal potere politico e dalla maggioranza di governo in particolare. Questo aspetto trova la sua principale realizzazione nella istituzione di un organo apposito (il Consiglio superiore della magistratura), per due terzi composto da magistrati, eletti da magistrati, cui sono state assegnate le funzioni amministrative e disciplinari nei confronti dei magistrati, un tempo svolte dal ministro della giustizia; *b*) l'indipendenza "interna", fondata sul principio per cui i magistrati si distinguono tra di loro solo per diversità di funzioni e quindi non per gradi, in base alla quale viene cancellata la precedente concezione di una magistratura organizzata per gradi, con poteri molto penetranti dei "capi" degli uffici giudiziari; *c*) l'indipendenza dal potere politico (e dal governo) del pubblico ministero il quale, in materia penale, ha l'obbligo di esercitare l'azione penale e non risponde pertanto all'indirizzo politico di maggioranza; *d*) il riconoscimento al giudice (e solo al giudice) della possibilità di attivare davanti alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità della legge che egli è chiamato ad applicare in un caso pratico, sollevando pertanto lo stesso in questi casi dalla soggezione alla legge ordinaria del parlamento.

Con la terza premessa intendo invece segnalare l'importanza e la delicatezza che assume, in un ordinamento costituzionale quale quello italiano, la disciplina regolante lo *status* del magistrato, per il quale la Costituzione stabilisce una riserva di legge (la legge sull'ordinamento giudiziario),[3] in considerazione che la stessa viene a svolgere una funzione descrittiva, ed al tempo stesso prescrittiva, del tipo di giudice che si ritiene conforme al modello costituzionale.

La disciplina della responsabilità del giudice viene ad assumere una posizione assolutamente di primo piano, in quanto rappresenta, come vedremo, un momento davvero cruciale per la vita professionale dello stesso, potendo le diverse forme di responsabilità essere impiegate allo scopo di influire sulla libertà ed indipendenza del giudice.

La disciplina della responsabilità viene quindi a porsi in stretta connessione e quasi come anello di congiunzione tra le garanzie di indipendenza ed imparzialità ed i controlli circa la professionalità del giudice da un lato e la collocazione e legittimazione nel sistema costituzionale del medesimo, dall'altro.

In ragione di queste premesse il presente scritto si articolerà in tre parti, la prima (II) dedicata al ruolo assegnato ed esercitato oggi dal giudice nell'ordinamento italiano ed europeo, la seconda (III) concernente i differenti

[3] La Costituzione, nel suo titolo IV, fa con molta frequenza espressamente rinvio alla "legge sull'ordinamento giudiziario", così allorché stabilisce che "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle *norme sull'ordinamento giudiziario*" (art. 102, 1° comma), che "spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le *norme dell'ordinamento giudiziario*, le assunzioni, le assegnazioni (...) nei riguardi dei magistrati" (art. 105), che "la *legge sull'ordinamento giudiziario* può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli" (art. 106, 2° comma), che "il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle *norme sull'ordinamento giudiziario*" (art. 107, 4° comma) e che "le *norme sull'ordinamento giudiziario* e su ogni magistratura sono stabilite con legge" (art. 108, 1° comma).

tipi di responsabilità del giudice (politica, costituzionale, disciplinare, civile, contabile e penale), la terza (IV) infine relativa alla responsabilità del giudice in rapporto al (supposto) esercizio di un "potere" da parte della magistratura ed al (supposto) fondamento della sua legittimazione nel circuito democratico.

II. Evoluzione del ruolo del giudice a seguito della realizzazione dello stato costituzionale, sociale e dell'ordinamento dell'Unione europea

Sul primo aspetto da varie parti è stato giustamente sottolineato come il ruolo del giudice sia attualmente assai diverso da quello svolto nello stato liberale monoclasse in cui la legge formale del parlamento costituiva l'unica vera e più importante fonte del diritto e riguardo alla giurisdizione valeva l'assoluto primato della legge, per cui il giudice era conseguentemente visto come un soggetto che, in considerazione delle proprie capacità tecnico-giuridiche, era chiamato ad applicare la stessa, ricercando la volontà con essa espressa dal legislatore. Un giudice, come si dice, "bocca della legge" e meccanico applicatore di un sistema giuridico chiaro e completo.

Quel ruolo è inevitabilmente e profondamente mutato con la realizzazione dello stato costituzionale, della forma di stato sociale e poi dell'Unione europea.

La "rivoluzione" apportata dalla Costituzione non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene ad inserirsi nel previgente sistema, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole.

La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento "politico" della formazione del diritto, risulti adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale.

Tali principi debbono servire, da un lato, a svolgere una funzione unificante per l'interpretazione delle singole leggi spesso espressione di interessi particolari e, dall'altro, a guidare il giudice nell'individuazione della soluzione specifica per il singolo caso di fronte alla difficoltà della legge di prevedere e regolare i casi concreti. Ne deriva un'indubitabile dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come "bocca della legge" o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente nel dettato normativo.

La realizzazione di un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi —che in Italia vede, per molti anni, l'"unica via" di accesso nel giudizio incidentale, incentrato sulla necessaria collaborazione del giudice sia in "fase ascendente" che in quella "discendente"— viene a modificare radicalmente il ruolo del giudice nei confronti della legge e nell'interpretazione della stessa.

Le decisioni interpretative di rigetto, utilizzate fin dall'inizio della sua attività da parte della Corte costituzionale, mostrano all'evidenza la possibilità di fornire diverse interpretazioni di uno stesso atto normativo e la necessità di orientarsi, tra le diverse possibili letture, verso quella che meglio si armonizza e realizza i principi costituzionali.

Questo elemento risulterà particolarmente evidente allorché la Corte costituzionale negli anni Novanta del secolo scorso ha mostrato con decisione la tendenza a valorizzare maggiormente l'attività interpretativa del giudice nel giudizio di costituzionalità delle leggi.

Dalla affermazione secondo cui una legge non può essere denunciata e dichiarata incostituzionale solo perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma solo quando è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente conformi, si è infatti passati all'obbligo, pena la inammissibilità della questione sollevata, di dimostrare, da parte del giudice, di aver previamente sperimentato ed escluso la possibilità di una lettura della disposizione impugnata tale da superare i prospettati dubbi di costituzionalità.

Anche l'utilizzo, da parte della Corte costituzionale, di certe tecniche decisorie tendono a mostrare i margini notevoli che si aprono al giudice nella sua attività interpretativa, si pensi al giudizio di ragionevolezza ed alla conseguente attività di bilanciamento oppure alle decisioni c.d. additive di principio, con cui la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità di una norma, non provvede a riempire direttamente il vuoto così creato, ma si limita a porre i principi cui il legislatore dovrà attenersi nel dettare la nuova disciplina, precisando che, in assenza di ciò, sarà il giudice che provvederà a dare una tutela con riguardo ai casi concreti e con efficacia limitata al giudizio in corso.

In una situazione di grave ritardo o di persistente inerzia del legislatore di fronte ai diritti sociali ed alle domande che vengono poste per la concreta realizzazione degli stessi, i giudici comuni (come pure, ovviamente, la Corte costituzionale) si sono trovati ad essere destinatari di tutta una serie di domande sociali ed hanno quindi cercato, attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali,

di porre rimedio alle omissioni legislative dando tutela alle nuove istanze sociali che non trovavano riconoscimento nella legislazione.

Tutto ciò ha portato ad una progressiva, maggiore espansione della funzione dell'autorità giudiziaria come "giudice dei diritti" rispetto a quella di "giudice della legalità" e particolarmente nell'ambito dei c.d. "diritti nuovi", ossia di quei diritti che, pur non espressamente previsti dalla Costituzione sono, specie in considerazione dell'evoluzione dei costumi e della società, riconducibili ai valori costituzionali attraverso l'opera interpretativa posta in essere dal legislatore o dal giudice, comune e/o costituzionale.[4]

Ulteriore incidenza sul ruolo che attualmente viene assegnato al giudice deriva dalla realizzazione dell'ordinamento dell'Unione europea.

L'importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto dell'UE, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso gli strumenti della pregiudiziale comunitaria e del potere-dovere di disapplicazione e l'obbligo di interpretazione delle fonti nazionali in conformità ai principi del diritto dell'UE. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione

[4] La felice espressione dei "nuovi diritti" non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzionale, vengono "creati" più o meno *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale o di giudici comuni.

Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un'operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di "diritti inviolabili" o diritti fondamentali possa essere determinata, oltre che ovviamente attraverso l'intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.

pregiudiziale del diritto dell'UE è poi venuto ad assumere un'efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo.

Attraverso la possibilità di disapplicazione della fonte nazionale, in quanto contrastante con il diritto dell'UE, il giudice comune viene così ad esercitare una sorta di controllo diffuso di "comunitarietà" nei confronti della legge nazionale, che segue spesso al rinvio pregiudiziale, il quale viene ad assumere caratteri, per certi versi simili a quelli della pregiudiziale di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

La complessità del ruolo del giudice deriva quindi dal fatto che questi viene a rivestire il ruolo di giudice della legalità dell'ordinamento, anche se rispetto ad esso acquista sempre maggiore rilievo quello di giudice dei diritti; il giudice è il portiere della Corte costituzionale, ma deve evitare di aprire la porta quando il dubbio di costituzionalità può essere superato facendo ricorso ai propri poteri interpretativi (c.d. interpretazione conforme) e può, ricorrendone le condizioni, risolvere il caso applicando direttamente la Costituzione; il giudice deve pure perseguire un'interpretazione della normativa nazionale conforme sia ai principi contenuti nella Cedu, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, sia al diritto dell'UE e, quando necessario, proporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia di Lussemburgo, nonché, anche sulla base della risposta di quest'ultima, procedere alla diretta disapplicazione (o non applicazione) della legge nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell'UE.

III. 1. *Il fondamento della responsabilità del giudice ed il rapporto con la garanzia di indipendenza della magistratura*

La natura speciale e particolare dell'attività svolta dalla magistratura e la necessità quindi di circondare la stessa di particolari garanzie a tutela dell'indipendenza ed imparzialità della stessa, non escludono che anche per i magistrati siano previste forme di responsabilità, le quali possono essere differenti a seconda del modello di ordinamento giudiziario realizzato, sia nella tipologia, sia nella intensità.

Di assoluta rilevanza possono ad esempio risultare in proposito le modalità di accesso alla magistratura, a seconda cioè che i suoi componenti vi accedano attraverso un pubblico concorso, fondato sulla preparazione tecnica dei candidati oppure gli stessi siano eletti dal corpo elettorale o nominati da organi politici, sulla base di un programma o del prestigio acquisito.

Per questo vengono normalmente contrapposti due tipi di giudice: il *magistrato-funzionario*, selezionato attraverso un concorso, perlopiù irresponsabile verso l'esterno e responsabile invece in via disciplinare, cui si contrappone il *magistrato-professionale*, indipendente da qualsiasi organo politico, estraneo all'organizzazione dello stato-persona ed avente un rapporto diretto con gli interessati, verso i quali è pertanto responsabile civilmente.

L'ipotesi italiana si colloca in una posizione mediana tra queste due ipotesi, in quanto per l'accesso ed il rapporto di servizio si è venuta a realizzare la prima figura, ma al tempo stesso la situazione di autonomia e indipendenza dal potere politico-amministrativo avvicina i magistrati alla seconda figura. Anche in considerazione di ciò sussiste infatti in Italia una responsabilità del giudice, sia a livello disciplinare che a livello civile.

La Corte costituzionale, in varie occasioni, ha avuto modo di sottolineare come l'indipendenza del giudice non sia di ostacolo alla previsione di forme di responsabilità, sottolineando che gli artt. 101, 102, 104, 108 Cost. non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità neppure nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, sussistendo piena compatibilità tra l'indipendenza della funzione con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile o penale, ma anche amministrativa (sent. 385/1996) e che tutti coloro che svolgono attività statale (compresi i magistrati) debbono essere responsabili, anche se la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei principi costituzionali dettati a tutela della indipendenza e della autonomia delle funzioni giurisdizionali (sent. 26/87).

I magistrati pertanto, come rileva Pizzorusso, in quanto impiegati dello Stato, è del tutto naturale che siano soggetti a forme di responsabilità con riguardo ad eventuali illeciti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali. Ciò riguarda, allo stesso modo, sia i giudici ordinari che quelli speciali, sia i magistrati giudicanti che quelli requirenti.

Le garanzie che la Costituzione ha inteso riconoscere alla magistratura fanno sì che la disciplina della responsabilità del giudice, nei suoi aspetti sostanziali e procedurali, debba essere attentamente studiata e calibrata in modo da evitare che questa possa porsi in contrasto con i valori della indipendenza e della imparzialità, essendo evidente il rischio di un uso strumentale, al limite ricattatorio, delle previste sanzioni allo scopo di influire e forzare la decisione.

I principi costituzionali specificamente dedicati alla materia si esauriscono nell'affermazione secondo cui "i funzionari ed i dipendenti dello stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti" (art. 28 Cost.), nel riconoscimento al CSM della competenza a pronunciare "i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati" (art. 105 Cost.) ed al ministro della giustizia della "facoltà di promuovere l'azione disciplinare" (art. 107, 2° comma, Cost.).

Nella ricostruzione della dottrina e nella legislazione ordinaria sono state indicate o disciplinate diverse forme di responsabilità del giudice.

In particolare si è parlato di *a*) responsabilità politica; *b*) responsabilità costituzionale; *c*) responsabilità disciplinare; *d*) responsabilità civile; *e*) responsabilità amministrativo-contabile; *f*) responsabilità penale.

III. 2. *La responsabilità politica e la c.d. responsabilità "diffusa"*

Per quanto concerne la *responsabilità politica*, con tale espressione viene comunemente indicato (G.U. Rescigno) il fenomeno di comune esperienza per cui coloro che esercitano un potere ritenuto politico possono essere criticati e di fatto vengono sottoposti a critica da parte di coloro che sono soggetti a quello stesso potere politico, tanto che questo dissenso può condurre all'abbandono, volontario o coattivo, del potere da parte di coloro che sono stati criticati.

In tale accezione pare evidente come in un ordinamento quale quello italiano non sia possibile parlare di responsabilità politica dei giudici in senso politico-istituzionale,[5]

[5] Secondo Ugo Rescigno (*L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *Separazione dei poteri* cit., 141) è evidente che "coloro che parlano di responsabilità politica dei magistrati non abbiano la minima cognizione del significato e della portata di ciò che essi dicono".

mentre tale forma di responsabilità è stata richiamata sulla base della previsione costituzionale secondo cui "la giustizia è amministrata in nome del popolo" (art. 101, 1° comma, Cost.), derivandone la necessità di una forma di controllo da parte della pubblica opinione e di una partecipazione critica alle scelte giurisdizionali che dovrebbero rendere conto delle stesse all'opinione pubblica, individuando quegli interessi che il giudice deve necessariamente tenere presenti nell'esercizio delle sue funzioni per far sì che la giurisprudenza sia il più possibile rispondente al modo di essere della società (Bucalo).

Al proposito pare il caso di precisare come il richiamo al popolo italiano, nel cui nome la giustizia è amministrata, non vale certo a significare che il giudice, nel decidere un caso, debba seguire il sentimento popolare, quando invece egli è soggetto "soltanto" alla legge (*rectius* al diritto).

Per quanto riguarda poi quella che viene chiamata la responsabilità politica diffusa, consistente nella possibilità di commentare e criticare le decisioni assunte dalla magistratura "in nome del popolo italiano", sembra che tale assolutamente legittima attività-a vantaggio della quale assume un significato l'obbligo di rendere pubblico il contenuto e le motivazioni delle pronunce giurisdizionali - deve essere inquadrata nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione e non meriti pertanto, anche ad evitare confusione, l'elaborazione della autonoma nozione di responsabilità politica diffusa.

Il contrasto che si è venuto a creare negli ultimi anni in Italia tra il potere giudiziario e quello politico ha determinato una prassi assolutamente particolare, secondo la quale personaggi politici, anche titolari di importanti incarichi istituzionali, esprimono con una certa frequenza critiche alle sentenze, non fondate, come dovremmo attenderci, su

ragioni di natura tecnico-giuridica, bensì di carattere politico, trascurando il fondamentale principio per cui il giudice, seppure amministra la giustizia in nome del popolo italiano, è primariamente soggetto al diritto.

Le critiche vengono così rivolte ai giudici come se si trattasse di una precisa parte politica, venendo così ad utilizzare la responsabilità politica nel suo significato proprio, ma ciò conduce la responsabilità politica su un terreno non suo, trascinando "i giudici sul piano politico, proprio nello stesso istante in cui coloro che criticano i giudici, nel criticarli politicamente, dicono di volerli ricondurre alla loro funzione specifica, che non è politica" (G.U. Rescigno).

III. 3. *La responsabilità costituzionale: il controllo delle sentenze dei giudici nel processo costituzionale relativo ai conflitti tra poteri ed a quelli tra stato e regioni*

Con il termine "*responsabilità costituzionale*" vengono indicate quelle ipotesi in cui la Corte costituzionale, nell'ambito delle sue competenze, si trova a giudicare sulla legittimità di un provvedimento giurisdizionale, quindi a svolgere un controllo e, seppure in senso ampio e applicando "sanzioni" costituzionali, ad evidenziare una responsabilità di chi ha pronunciato il provvedimento impugnato.

Nell'ordinamento italiano, allorché si pose il problema di individuare le strade attraverso le quali far valere la rigidità della Costituzione e di specificare pertanto le vie di accesso alla Corte costituzionale, quella prescelta fu la via incidentale, per cui la possibilità di impugnare una legge per presunta violazione della Costituzione fu riservata al giudice nel corso di un giudizio concreto, escludendo qualsiasi altra via di accesso diretto, sia da parte di soggetti politici, quali le minoranze parlamentari, sia di un'azione

popolare o di pubblici "difensori della Costituzione", sia da parte dei singoli soggetti interessati. La via incidentale in Italia rappresenta infatti —a parte il ricorso delle regioni verso leggi statali e dello stato verso leggi regionali, usato perlopiù per garantire il riparto di competenza tra i due enti territoriali— non "una" delle vie di accesso, ma l'"unica" via di accesso alla Corte.

Di conseguenza non viene a realizzarsi ciò che accade per altri ordinamenti —si pensi in particolare all'*amparo* costituzionale spagnolo— ossia che una sentenza del giudice possa formare oggetto di un ricorso diretto davanti al Giudice costituzionale allorché si ritiene che la stessa abbia violato un diritto fondamentale del cittadino. Se è certo che tale strumento serve, specie nel momento di entrata in vigore della Costituzione, a rafforzare il significato ed il valore della Costituzione e della sua superiorità normativa, è altrettanto vero che ciò può determinare il formarsi di un rapporto non sempre facile tra il Giudice costituzionale ed i giudici comuni i quali, incaricati di tutelare i diritti dei cittadini vengono "accusati" —ed in certi casi "condannati"— per aver, al contrario, determinato una violazione dei diritti fondamentali.

Nell'ordinamento italiano due sono invece le competenze attraverso le quali la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare su singoli provvedimenti giurisdizionali, vale a dire quelle concernenti la risoluzione dei conflitti tra poteri dello stato e dei conflitti tra stato e regioni.

Con riguardo alla prima, nel definire la nozione di "potere dello stato", la Corte ha stabilito che "i singoli organi giurisdizionali, esplicando le loro funzioni in situazione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita, sono da considerare legittimati —attivamente e passivamente— ad essere parti di conflitti di attribuzione, prescindendo dalla

proponibilità di gravami predisposti a tutela di interessi diversi" (sent. 228, 229/1975), venendo così a definire quello giudiziario come un "potere diffuso".

A seguito di ciò il conflitto tra poteri avente ad oggetto un atto giurisdizionale avrebbe potuto trasformarsi in un ulteriore strumento di impugnazione nei confronti delle sentenze dei giudici, ma questo non si è verificato soprattutto in quanto la Corte costituzionale ha tenuto fermo fin dall'inizio, e poi sempre ribadito, il principio secondo cui il ricorso non può avere ad oggetto semplici "*errores in iudicando*" del giudice, da far valere attraverso il normale sistema delle impugnazioni, ma solamente la denuncia di una "esorbitanza" dai limiti costituzionalmente fissati al potere giudiziario, come nel caso di provvedimenti abnormi (ad esempio disapplicazione di un atto legislativo).

Con riferimento al conflitto tra stato e regioni, l'accoglimento di una nozione di conflitto quale *vindicatio potestatis* avrebbe chiaramente escluso la possibilità della regione di impugnare una sentenza del giudice, stante la totale incompetenza di quest'ultima in materia di giustizia e ordinamento giudiziario. La Corte costituzionale ha invece accolto una nozione di conflitto anche come "interferenza", ammettendo quindi la possibilità di impugnare un atto anche quando non viene rivendicata la propria competenza alla pronuncia dello stesso, ma viene solamente denunciato che esso interferisce illegittimamente nell'esercizio delle proprie funzioni costituzionali.

III. 4. *La responsabilità disciplinare: i valori tutelati, l'oggetto (la "tipizzazione" degli illeciti disciplinari)*

Passando adesso alle forme più strettamente giuridiche di responsabilità dei magistrati, quelle di più frequente applicazione e per le quali maggiori sono pertanto sia la ela-

borazione dottrinale che gli interventi giurisprudenziali, sono la responsabilità disciplinare e quella civile.

La previsione di tali forme di responsabilità si pone a salvaguardia sia dell'interesse corporativo proprio ed interno allo stesso ordine giudiziario, sia di quello più generale ad un corretto ed efficiente svolgimento dell'attività giurisdizionale, nonché del diritto del cittadino alla difesa e ad un "giusto processo" e può riguardare, per il primo aspetto, una responsabilità disciplinare (ed anche penale o contabile) e, per il secondo, una responsabilità civile.

Alla sanzione disciplinare viene comunemente attribuita una doppia funzione, sia in un significato repressivo di una condotta illecita, sia didattico-preventivo per il futuro e mentre, per altro verso, una funzione sanzionatoria può ritenersi, come abbiamo detto, conforme alla garanzia di indipendenza della magistratura parrebbe senz'altro in contrasto con la medesima un uso "conformativo" della sanzione disciplinare, tendente cioè ad indirizzare e forzare la decisione del giudice.

La *responsabilità disciplinare* attiene a comportamenti illeciti (c.d. illeciti disciplinari) tenuti dal magistrato, in ragione dei quali viene aperto nei suoi confronti un apposito procedimento che si conclude con una pronuncia giurisdizionale.

La domanda relativa alla posizione paritaria o meno a tal fine tra magistrati requirenti e magistrati giudicanti trova una risposta nella soluzione del problema più generale —che non può essere trattato, ma solo segnalato, in questa sede— del ruolo e della posizione riconosciuti ai magistrati del pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale ed ordinario di un determinato paese, vale a dire quello relativo alle garanzie di indipendenza "esterna", nei riguardi dei soggetti politici e del ministro della giustizia in

particolare, di indipendenza "interna" ossia della organizzazione interna delle procure, dei rapporti, da un lato, con gli organi decidenti e, dall'altro, con la polizia giudiziaria ed infine delle condizioni di esercizio dell'azione penale.

In Italia, vigente lo Statuto albertino che prevedeva una giustizia amministrata in nome del re dai magistrati da lui nominati, la responsabilità disciplinare era fondata su una nozione ampia e generica di illecito disciplinare e veniva fatta valere al di fuori di alcun procedimento formalizzato, tanto meno con garanzie di tipo giurisdizionale e quindi senza alcuna pubblicità o possibilità di intervento del magistrato incolpato. Una forma di responsabilità quindi tendente quasi esclusivamente a valorizzare l'esigenza di autotutela dell'ordine giudiziario, con un rilievo del tutto residuale per l'interesse al buon funzionamento della giustizia.

Successivamente nel 1907 e 1908 fu introdotta una parziale tipizzazione degli illeciti con la previsione di norme di chiusura ("comportamenti che comunque rendessero il magistrato immeritevole della fiducia e considerazione che debbono godere e tali da compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario") ed un procedimento di tipo giurisdizionale davanti al Consiglio disciplinare ed alla suprema corte disciplinare, mentre durante il regime fascista (r.d. 2786/23 e poi r.d. 12/41) fu ridisegnata la composizione della corte alla quale fu assegnata una funzione meramente consultiva nei riguardi del ministro che decideva in via definita sulla sanzione da irrogare e fu eliminata la tipizzazione.

Alla caduta del fascismo la materia fu regolata dapprima dal r.d. 511/1946, poi dalla Costituzione e dalle leggi attuative.

Per un periodo assai lungo, fino alla recente riforma del 2006, la previsione dell'illecito disciplinare è stata regolata

dall'art. 18 r.d. 12/41, in base al quale veniva sanzionata la condotta del magistrato che "manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori condotta che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'ordine".

Il carattere generico della previsione aveva fatto dubitare della sua costituzionalità, risultando tanto più abnorme in quanto il procedimento aveva un carattere giurisdizionale, quasi sulle orme di un processo penale, informato al principio di legalità.

In considerazione di ciò fu sollevata la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione per supposta violazione della libertà di manifestazione del pensiero del magistrato come cittadino, del principio di legalità e della indipendenza-imparzialità del giudice.

La Corte costituzionale (sent. n. 100 del 1981) ritenne infondata tale questione, rilevando come il principio di legalità sia previsto per il processo penale, mentre il processo disciplinare, per quanto svolto in forme giurisdizionali, resta distinto da quello penale. In particolare la Corte affermò che, per il perseguimento delle finalità proprie del giudizio disciplinare (ossia perseguire la fiducia nella magistratura e garantirne il prestigio), risultava impossibile tipizzare l'illecito, trattandosi di fare riferimento a principi deontologici, che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati allo scopo di sanzionare, con norme di chiusura, tutti i comportamenti capaci di ledere la reputazione del singolo magistrato o la dignità dell'ordine al quale appartiene, per occorreva dettare disposizioni di portata generale, giacchè una indicazione tassativa avrebbe reso legittimi atteggiamenti non previsti, ma egualmente riprovati dalla coscienza sociale.

Quanto poi alla supposta violazione della libertà di manifestazione del pensiero, la Corte sostenne che i magistrati godono degli stessi diritti garantiti ad ogni cittadino, ma le funzioni esercitate e la qualifica rivestita possono giustificare un trattamento particolare, nel senso che la libertà di manifestazione del pensiero deve essere bilanciata con l'esigenza di tutelare, in funzione dell'indipendenza e della imparzialità, la considerazione di cui il magistrato deve godere presso l'opinione pubblica, assicurando la fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria, risultando vietato l'esercizio analomalo di quella libertà che si verifica quando vengano lesi i predetti valori.

Diversi anni dopo l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 2 agosto 2001), per aver sanzionato disciplinarmente un magistrato che aveva aderito ad una loggia massonica non segreta, in quanto il carattere generico degli illeciti disciplinari non consentiva al magistrato di poter sapere che l'adesione alla massoneria costituiva un illecito disciplinare. Secondo la Corte di Strasburgo le limitazione al diritto di libertà di associazione "non possono costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, sono fondamentali per la tutela di beni fondamentali dello stato".

Nel lungo periodo di vigenza dell'art. 18 predetto l'individuazione delle fattispecie integranti gli estremi dell'illecito disciplinare è derivata dalla giurisprudenza della sezione disciplinare del Csm, la quale, in via pretoria, ha fissato principi e precedenti che hanno finito per costituire un valido punto di riferimento in sostituzione di un intervento legislativo che specificasse il contenuto degli illeciti.

La sostituzione del giudice disciplinare al legislatore nella specificazione degli illeciti è stata assai criticata dalla

dottrina maggioritaria ed anche dalle associazioni dei magistrati, rilevando come la genericità della fattispecie potesse in concreto consentire un uso improprio dello strumento disciplinare e come, se l'applicazione delle sanzioni correttamente era riservata dalla Costituzione all'organo di autogoverno della magistratura, la previsione della disciplina sostanziale e processuale spettava invece al parlamento. Non è mancata comunque una parte minoritaria secondo la quale invece doveva preferirsi una specificazione fatta in via giurisprudenziale, caso per caso, in quanto meglio aderente alla realtà.

La invocata "tipizzazione" degli illeciti disciplinari è stata realizzata dalle riforme del 2005 e 2006.

La disciplina contenuta nel d. lgs. 109/2006, come modificato dalla l. 269/2006, indica dapprima i doveri del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, individuandoli in quelli di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della persona. Essi (si pensi in particolare al dovere di "correttezza") mostrano la stretta connessione che viene a porsi tra i comportamenti che debbono ritenersi rilevanti sotto il profilo disciplinare rispetto a quelli relativi al profilo professionale ossia della carriera ed a quelli di opportunità o di natura etica.

In tal senso la situazione è stata efficacemente raffigurata da Dal Canto come quella di cerchi concentrici di differenti dimensioni, una più stretta relativa a comportamenti sanzionati in via disciplinare, una media a comportamenti che possono solo aver conseguenze sulla vita professionale del magistrato ed infine una più ampia relativa ai comportamenti semplicemente opportuni o prescritti dai codici etici del magistrato.

La legge procede ad elencare in maniera molto specifica tutta una serie di illeciti, distinguendo gli stessi tra:

a) illeciti nell'esercizio delle funzioni;
b) illeciti fuori dell'esercizio delle funzioni;
c) illeciti conseguenti a determinati reati.[6]

Le ipotesi *sub a)* e *sub b)* non contengono le c.d. norme di chiusura, attraverso le quali si definiscano illeciti disciplinari tutti quei comportamenti, non espressamente previsti, ma che potrebbero ritenersi lesivi dei doveri del magistrato. Tale norma resta infatti solamente per i comportamenti *sub c)*, per i quali costituisce illecito "qualun-

[6] Volendo ricordare, a titolo di esempio, alcuni tra i comportamenti previsti come illecito disciplinare, tra i primi (*sub a*) sono indicati: la violazione dei doveri del magistrato che arrechi un ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti; la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione; l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato; la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile; il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile; l'emissione di provvedimenti privi di motivazione; l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile; la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario; l'indebito affidamento ad altri di attività rientrante nei propri compiti; il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio; la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione; l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave ed inescusabile negligenza; l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalle legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.

Tra i secondi (*sub b*) sono indicati: l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri; il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione o persona dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza; l'ottenere prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti preso l'ufficio giudiziario di appartenenza; la partecipazione ad associazioni segrete; l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato.

Per i terzi (*sub c*) si fa riferimento ai fatti per i quali sia intervenuta condanna irrevocabile o sia stata pronunciata una sentenza, ai sensi dell'art. 444, 2° comma, cpp.

que fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita".

L'eliminazione delle clausole di chiusura conduce quindi a ritenere che la tipizzazione degli illeciti ha determinato altresì l'effetto di dover considerare tassativi i casi che possono integrare gli estremi dell'illecito, potendo ciò risultare eccessivo in un campo quale quello disciplinare in cui non appare facile indicare compiutamente in astratto i comportamenti da sanzionare e potendosi quindi determinare la impossibilità di sanzionare certi comportamenti in quanto non esplicitamente previsti, pur se meritevoli di esserlo.

Con riguardo alle ipotesi *sub a)* sono state fortunatamente eliminate, con la legge del 2006, ipotesi previste dalla legge dell'anno precedente e che facevano riferimento all'attività interpretativa del giudice la quale, per andare esente da responsabilità, avrebbe dovuto essere svolta "in conformità dell'art. 12 delle preleggi" oppure alla c.d. usurpazione di poteri, espressa attraverso una formula assai sibillina e pertanto possibile fonte di equivoci, se non di abusi, con cui venivano sanzionati "atti o provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi o ad altri organi costituzionali".

Per quanto concerne invece i casi *sub b)* sono stati anche in questo caso eliminate ipotesi di illecito assai generiche, quali quella di tenere, anche fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, "comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria".

Si è posto in particolare il problema della legittimità costituzionale della previsione come illeciti disciplinari di

comportamenti e che rappresentino esercizio di un diritto costituzionale del magistrato-cittadino (quale ad esempio la libera manifestazione del pensiero o la libertà di associazione e di riunione). In particolare la legge del 2005 prevedeva ad esempio, quale illecito disciplinare, la "iscrizione o partecipazione ai partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici".

La posizione dominante si è espressa nel senso che tali previsioni possono ritenersi costituzionalmente corrette solo se espressione di altri, prevalenti valori costituzionali (ad es. quelli della indipendenza e imparzialità del giudice), dovendo il relativo bilanciamento essere il frutto di una scelta del legislatore, la quale potrà essere controllata, nella sua ragionevolezza, dal Giudice costituzionale.

III. 5. *Segue: il procedimento disciplinare (iniziativa, giudice competente, difesa del magistrato, decisione,* sanzioni *applicabili)*

Sotto l'aspetto processuale la Costituzione rimette l'iniziativa alla scelta facoltativa del ministro della giustizia (art. 107, 2° comma, Cost.), la quale evidenzia la sussistenza di un interesse generale sottostante al procedimento disciplinare e quindi la necessità che l'iniziativa provenga dall'esterno. La natura facoltativa trova la sua spiegazione nel carattere politico della scelta, di cui il ministro deve rispondere prima in consiglio dei ministri, poi soprattutto davanti al parlamento.

Accanto a tale legittimazione la legge ordinaria ne ha prevista un'altra in capo al procuratore generale presso la corte di cassazione, quindi dall'interno dell'ordine giudiziario, il quale, coerentemente con la natura giurisdiziona-

le della sua figura e del suo operare, ha invece l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare.

Tale previsione ha suscitato alcune perplessità, specie paventando il rischio di un eccessivo numero di procedimenti disciplinari, anche del tutto strumentali e di un conseguente ingolfamento delle questioni pendenti davanti al giudice disciplinare.

Questa possibile conseguenza è in larga misura scongiurata dal potere del P.G. di dichiarare l'archiviazione della denuncia, quando il fatto non costituisce condotta rilevante ai fini disciplinari o perché ritenuto di scarsa rilevanza o se il fatto forma oggetto di denuncia non circostanziata o se il fatto non rientra in nessuna della fattispecie previste dalla legge o se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. L'archiviazione deve essere accettata dal ministro della giustizia.

Una innovazione di rilievo, tendente allo stesso scopo nonché ad allentare la rigidità della tipizzazione degli illeciti, è quella relativa alla "condotta disciplinare irrilevante", vale a dire la previsione per cui l'illecito disciplinare non è configurabile allorché il fatto sia ritenuto di scarsa rilevanza, a giudizio ovviamente del titolare dell'iniziativa e della sezione disciplinare, in sede di giudizio.

Il processo disciplinare si svolge dinanzi ad una sezione del Csm (sezione disciplinare) composta da sei membri effettivi e dieci supplenti nominati dal Csm al suo interno. I membri effettivi sono il vice-presidente del Csm che presiede la sezione, un componente "laico" e quattro "togati" (tre giudici ed un p.m.) e restano in carica per l'intera consiliatura.[7]

[7] Lo scorso anno (aprile 2001) il governo Berlusconi di centro-destra ha presentato una riforma costituzionale con il chiaro intento di realizzare un riposizionamento della politica rispetto alla giurisdizione ed una forte riduzione della ruolo del giudice nel sistema costituzionale.

L'azione disciplinare può essere proposta entro un anno dalla conoscenza del fatto e comunque non oltre dieci anni dal fatto stesso, trascorsi i quali l'azione si prescrive.

La riforma riguardava l'intero assetto della magistratura ed andava a modificare alcuni aspetti-cardine del modello italiano di ordinamento giudiziario così come si era venuto a realizzare dopo l'entrata in vigore della Costituzione ed in applicazione dei principi ivi contenuti.

Tra i vari aspetti che venivano coinvolti vi era anche quello relativo alla responsabilità del giudice, infatti il disegno di legge costituzionale prevedeva alcune innovazioni sia con riguardo alla responsabilità disciplinare, sia a quella civile.

Per quanto concerne la prima la modifica era relativa alla autorità competente a decidere sulla responsabilità disciplinare: non più una sezione speciale del Consiglio superiore della magistratura, ma un "Corte di disciplina" unica per giudici e pubblici ministeri, ma formata da due sezioni separate una per i primi, l'altra per i secondi.

A parte che non risultava affatto definita quale avesse dovuto essere la competenza del *plenum* rispetto a quella della singola sezione, ci potremmo chiedere anche dove risieda l'opportunità di distinguere il "giudice disciplinare" a seconda che si tratti di magistrati giudicanti o requirenti, dal momento che le fattispecie di illecito disciplinare sono lo stesse, come pure il procedimento disciplinare e una delle proclamate finalità della riforma risiede nell'evitare una "giurisdizione domestica".

Le finalità cui mira la creazione di un apposito organo giudicante per gli illeciti disciplinari, rispetto alla normativa attuale, sono infatti essenzialmente quelle di evitare influenze che potrebbero derivare dal fatto che lo stesso soggetto si trova a giudicare sia in ordine alle questioni di carattere amministrativo, attinenti più strettamente alla "carriera" del magistrato, sia a quelle disciplinari, nonché di superare appunto i più volte denunciati difetti di un giudizio troppo domestico, che avrebbe causato un'eccessiva indulgenza del "giudice disciplinare" verso i propri colleghi.

Se possiamo concordare con la prima delle suddette finalità, parrebbe necessario meglio accertare —anche con riguardo a quanto accade rispetto ad altri tipi di procedimenti disciplinari "domestici" (avvocati, medici, professori universitari, parlamentari ecc.)— la reale sussistenza della seconda.

In ogni caso non può non rilevarsi, con riguardo alla soluzione proposta dalla riforma costituzionale, come non si vede quale risultato potesse attendersi, in termini di minor carattere "domestico" del giudizio disciplinare, da una "Corte di disciplina" formata in maniera del tutto identica ai Consigli superiori della magistratura previsti dalla riforma stessa, mentre sussistono valide ragioni per ritenere preferibile una indicazione dei componenti in via indiretta —tra i membri del Consiglio con conseguente assegnazione a tempo pieno alla Corte di disciplina— rispetto ad una elezione diretta da parte dei magistrati che potrebbero essere giudicati.

L'esistenza del procedimento con l'indicazione del fatto che gli viene addebitato, deve essere comunicata all'incolpato, il quale può difendersi presentando scritti o documenti e chiedendo l'assunzione di mezzi di prova e può farsi assistere da un collega oppure anche da un avvocato.[8]

Seguono la fase delle indagini, con ampi poteri riconosciuti al P.G. e quella della decisione previa una discussione orale in udienza pubblica.[9] Può essere disposto lo svolgimento a porte chiuse solo se i fatti contestati non riguardano l'esercizio delle funzione o ricorrono esigenze di tutela dei diritti dei terzi o della credibilità della funzione giurisdizionale. Segue la deliberazione in camera di consiglio.

La decisione può essere impugnata, per ragioni di legittimità davanti alle sezioni unite civili della cassazione, sembrando palesemente incongruente che la competenza non sia stata riconosciuta (come era accaduto in un primo momento) alle sezioni unite penali, dal momento che si applicano le norme del codice di procedura penale.

E' possibile la revisione della decisione qualora vi sia la sopravvenienza o scoperta di nuovi elementi di prova o i fatti posti a fondamento della sentenza risultino incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile o il giudizio di responsabilità e l'applicazione della relativa sanzione siano stati determinati da falsità o da altro reato accertato con sentenza irrevocabile.

[8] Ciò a partire dal 2000, vale a dire dalla sentenza (n. 497/2000) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale, per violazione del diritto di difesa, la precedente disciplina, la quale escludeva che il magistrato potesse farsi assistere da un avvocato del libero foro.

[9] Le udienze non erano pubbliche sino al 1985, quando la Sezione disciplinare (sent. 5 luglio 1985, n. 6) ha ritenuto che la relativa disposizione fosse stata abrogata ad opera dell'art. 6 Cedu, riconoscendo quindi il carattere pubblico delle udienze. Tale soluzione è stata poi recepita a livello normativo dalla l. n. 74 del 1990.

Le sanzioni applicabili sono le seguenti:

a) *ammonimento*, il quale consiste in un richiamo del magistrato all'osservanza dei suoi doveri;
b) *censura*, ossia una dichiarazione formale di biasimo;
c) *perdita dell'anzianità*, la quale non può essere superiore a due anni, né inferiore a due mesi;
d) *incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo,* che non può essere superiore a due anni, né inferiore a sei mesi;
e) *sospensione dalle funzioni e dallo stipendio da tre mesi a due anni*;
f) *rimozione*, ossia cessazione del rapporto di servizio.

Una importante novità in tema di sanzioni è rappresentata dalla previsione per cui, in alcuni casi, il legislatore ha previsto una sanzione minima applicabile, in altri la sanzione *ad hoc* che deve essere applicata, in altri ancora è stato lasciato alla sezione disciplinare indicare la sanzione maggiormente idonea al caso.

III. 6. *Segue: le misure paradisciplinari*

Il trasferimento d'ufficio del magistrato ad altra sede o altro ufficio può essere disposto come sanzione accessoria ad una condanna disciplinare diversa dall'ammonimento quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

Diversa è l'ipotesi di trasferimento c.d. incolpevole, ai sensi dell'art. 2 r.d. 511/1946, in base al quale era consentito il trasferimento ad altra sede o funzione quando "per qualsiasi causa, *anche* indipendente da loro colpa, non pos-

sono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario". Il carattere "incolpevole" valeva a differenziare tale ipotesi da quelle di trasferimento come misura conseguente e pena accessoria all'accertamento di un illecito disciplinare a carico del magistrato.

La dubbia conformità alla Costituzione della suddetta ipotesi di trasferimento era stata in particolare evidenziata in rapporto alla indefinitezza della fattispecie normativa in base alla quale era possibile il trasferimento, tale da non consentire di controllare i criteri seguiti per decidere sullo stesso e da essere utilizzata spesso in funzione "paradisciplinare", quando cioè non era stata rilevata (o ancora rilevata) una precisa responsabilità disciplinare a carico del magistrato da trasferire.

L'art. 26 d. lgs. 109/2006 ha modificato tale disposizione prevedendo il trasferimento solo "quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità".

Viene quindi sostituita la generica espressione del "prestigio dell'ordine giudiziario" e soprattutto lo strumento viene ridotto, nel suo ambito di applicazione, alle sole ipotesi di "cause incolpevole", attraverso la soppressione della congiunzione "anche", privando quindi il CSM della possibilità di impiegare lo stesso in quelle situazioni di incerta collocazione che avevano fatto appunto dello stesso uno strumento paradisciplinare.[10]

[10] Il Csm ha tentato di salvare lo strumento ritenendo possibile l'applicazione dell'art. 2 citato nel testo quando l'impossibilità di svolgere funzioni giudiziarie con piena indipendenza ed imparzialità non sia suscettibile di essere ricompresa in alcuna fattispecie disciplinare. Tale lettura, chiaramente "forzata", della lettera della legge e dell'introdotta innovazione è stata smentita dal giudice amministrativo, il quale ha annullato una delibera del Csm, dalla quale si poteva desumere chiaramente che il provvedimento trovava fondamento in un comportamento colposo del magistrato (Tar Lazio, sez. I, 29 aprile 2009, n. 4454).

Un altro istituto che potremmo collocare tra gli strumenti "para-disciplinari" è quello del potere di ispezione presso gli uffici giudiziari esercitabile da parte del ministro della giustizia.

Mi riferisco in particolare a quelle ipotesi in cui il potere di ispezione viene esercitato dal ministro in occasione della pronuncia di una specifica decisione e in ragione delle conclusioni cui la medesima è pervenuta, evidentemente non gradite al ministro e/o alla maggioranza di governo. In tali casi appare evidente come non si tratti di ispezionare l'ufficio giudizio allo scopo di rilevare le ragioni di eventuali carenze o di un cattivo funzionamento, sembrando allo scopo sufficiente richiedere copia del provvedimento giudiziario, al fine di esercitare, se del caso, l'azione disciplinare per l'ipotesi di decisione abnorme o comunque integrante un caso di illecito disciplinare, oggi tipizzato.

Al fine di evitare un abuso o un uso intimidatorio del potere di ispezione nei confronti dei magistrati, come qualche applicazione recente o recentissima potrebbe far temere, parrebbe particolarmente necessario un intervento della legge, per la determinazione dei presupposti e dei limiti dell'esercizio di tale potere ministeriale.

Per quanto riguarda infine la responsabilità dei magistrati onorari, essendo il loro rapporto soggetto a conferma e di carattere temporaneo, ai provvedimenti disciplinari si affiancano altri strumenti valutativi, quali la conferma e la decadenza, che hanno lo scopo di verificare il permanere durante l'incarico dei requisiti richiesti per esercitare le funzioni onorarie.

Il procedimento disciplinare per i magistrati onorari ha carattere amministrativo e non giurisdizionale e pure la

disciplina sostanziale e procedimentale è diversa rispetto a quanto detto per i magistrati professionali.

III. 7. *La responsabilità civile: principi costituzionali e valori tutelati. La disciplina previgente e l'abrogazione referendaria. La legge 117/1988: presupposti e procedimento per l'azione di responsabilità verso lo stato*

Mentre la responsabilità disciplinare si fonda sulla violazione dei doveri che il magistrato assume nei confronti dello Stato in virtù del rapporto di lavoro, la *responsabilità civile* (o professionale) è quella che egli assume nei riguardi delle parti per eventuali errori commessi nell'esercizio delle sue funzioni e trova fondamento nell'art. 28 Cost., secondo cui "i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

La espressa previsione costituzionale della diretta responsabilità dei dipendenti dello stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti ha consentito di superare quelle che erano state le obiezioni e le riserve al riconoscimento di una responsabilità civile dello stato e/o del magistrato per l'attività giurisdizionale, rappresentate dalla irresponsabilità dello stato per l'esercizio di funzione espressiva della sovranità e dalla presenza del giudicato che non consentiva di prendere nuovamente in considerazione fatti e rapporti ormai giudicati con sentenza definitiva.

La irresponsabilità dello stato per i danni dei suoi funzionari è entrato in crisi ai primi del XX secolo con il rapporto di immedesimazione organica che ha consentito di riferire direttamente allo stato le attività compiute dai

propri dipendenti, estendendo al primo la responsabilità per i danni prodotti dai secondi, come pure la differenziazione dei giudizi ha permesso il superamento del limite del giudicato.

In una pronuncia, di fondamentale significato per la materia *de qua*, la Corte costituzionale ha affermato che "l'art. 28 (...) ha ad oggetto l'attività, oltrechè degli uffici amministrativi, di quelli giudiziari", rilevando altresì che "la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti alla sua responsabilità, ma non tali da legittimare, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza sia per sé, sia nel confronto con l'imputabilità dei pubblici impiegati" (sent. n. 2 del 1968).

Fino al 1988 la disciplina della responsabilità civile del giudice era regolata dalle disposizioni del codice di procedura civile, in base alle quali il giudice era responsabile, nell'esercizio delle sue funzioni, solo in caso di dolo, frode o concussione e la domanda della parte privata doveva essere autorizzata dal ministro della giustizia, mentre il giudice competente a decidere veniva individuato discrezionalmente dalla corte di cassazione (con palese violazione del principio di precostituzione del giudice per legge).

La disciplina codicistica (55, 56 e 74 cpc) fu abrogata a seguito di un referendum che si tenne nel 1987 e che nella sostanza può esser correttamente ritenuto un "referendum contro i giudici". L'esigenza di ampliare le forme di responsabilità civile infatti fu usata strumentalmente da alcune forze politiche (specie dal partito socialista) allo scopo di reagire contro certe inchieste portate avanti dalla magistratura e che avevano coinvolto pesantemen-

te molti esponenti politici e di quel partito in particolare. L'Associazione nazionale magistrati sostenne in quella occasione che il vero intento del referendum "non è la modifica della situazione normativa, ma quello di intimidire una magistratura che comincia a dare fastidio a determinati centri di potere pubblico, economico e amministrativo".

E' questa forse la prima occasione in cui si pose con chiarezza lo scontro tra potere politico e potere giudiziario.[11]

Il risultato del referendum fu nettamente a favore dell'abrogazione della legge[12] e rappresentò la prima volta, nella nostra esperienza costituzionale, di una legge abrogata attraverso referendum, in quanto nelle esperienze precedenti aveva sempre prevalso la posizione contraria all'abrogazione.

Allo scopo di consentire al parlamento di approvare la nuova legge regolatrice della responsabilità civile del giudice, il Presidente della repubblica decise di differire di centoventi giorni gli effetti abrogativi del referendum.

Il parlamento ha poi approvato la l. 117/88, applicabile a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria. La legge

[11] Un ruolo importante nell'influenzare il giudizio degli elettori lo ebbe una specifica vicenda giudiziaria che coinvolse un personaggio assai noto in quanto conosciuto presentatore televisivo (Enzo Tortora), il quale fu arrestato nel 1983 con l'accusa di aver preso parte a un traffico di droga e posto agli arresti domiciliari. Tortora fu poi eletto nel 1984 al parlamento europeo, ma poi rinviato a giudizio per "associazione a delinquere di stampo camorristico e spaccio di cocaina". Il parlamento europeo concesse l'autorizzazione a procedere, su richiesta dello stesso parlamentare il quale fu condannato in primo grado a dieci anni di reclusione. In grado di appello Tortora fu assolto con formula piena e la sentenza fu confermata in cassazione.

[12] A favore del "sì" si espresse infatti l'80,2% dei votanti, i quali furono comunque pari al 61,5 % degli aventi diritto, per cui alcuni (tra i quali Norberto Bobbio) - nella considerazione che i contrari all'abrogazione avevano invitato gli elettori a non votare – ritennero che, sommando i "no" agli astenuti ed alle schede bianche, questa posizione poteva ritenersi maggioritaria.

prevede la risarcibilità di qualsiasi "danno ingiusto" derivante da un provvedimento giudiziario posto in essere "con dolo o colpa grave" ovvero per "diniego di giustizia", provvedendo a specificare analiticamente quali comportamenti costituiscono colpa grave[13] o diniego di giustizia.[14]

L'azione di risarcimento, entro termini perentori, ha carattere sussidiario e può essere presentata solo dopo aver sperimentato tutti mezzi ordinari di impugnazione e deve essere rivolta contro lo Stato, nella persona del presidente del consiglio dei ministri. Il tribunale competente a giudicare decide preliminarmente, sentite le parti, l'ammissibilità della domanda, la quale può essere negata se non sono rispettati i termini o le ipotesi per le quali si può ricorrere o se manifestamente infondata.

Lo Stato può esercitare, entro termini perentori, azione di rivalsa nei confronti del magistrato cui viene addebitato il provvedimento e la misura della stessa non può essere superiore ad una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta.

La legge fissa poi quella che viene comunemente indicata come la "clausola di salvaguardia", stabilendo che non

[13] Integrano gli estremi della colpa grave: *a*) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; *b*) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza e' incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; *c*) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; *d*) l'emissione di provvedimento concernente la liberta' della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

[14] Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non e' previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.

possono in alcun caso essere considerate fonti di responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove.

Il carattere personale della responsabilità ha poi posto il problema dei giudizi o provvedimenti espressi da un organo collegiale e dell'ipotesi che un magistrato sia rimasto in minoranza (quindi esente, se del caso, da responsabilità per quel provvedimento). Per questo è previsto che, a richiesta del componente dissidente, sia compilato un sommario verbale contenente "l'indicazione del dissidente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei motivi dello stesso". Il verbale, sottoscritto dall'intero collegio, è conservato, a cura del presidente, in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio. A seguito di un intervento della Corte costituzionale (sent. 18/1989) il processo verbale, ad evitare incidenza negativa sul buon andamento dell'amministrazione della giustizia, viene redatto solo nel caso in cui uno dei componenti il collegio lo richieda.

In pratica per varie ragioni, tra le quali principalmente l'interpretazione restrittiva della normativa da parte della cassazione, la legge ha avuto scarsissima applicazione.

III. 8. *Segue: la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e le ricadute sulla disciplina contenuta nelle legge 117/1988*

In questi ultimi anni, anche a seguito della giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee (ora dell'Unione europea), si è molto discusso circa la necessità di una modifica dell'attuale disciplina regolante la responsabilità civile del giudice.

La Corte di giustizia con la sentenza *Francovich* del 1991 ha riconosciuto, in generale, il diritto del cittadino comunitario alla tutela risarcitoria da parte dello Stato per violazione degli obblighi comunitari, specificando successivamente le condizioni per la sussistenza del diritto stesso e, per quanto ci interessa, che questo deve ritenersi valido qualunque sia l'organo statale responsabile della violazione (sent. *Brasserie du Pecheur* del 1996), purchè *a*) la norma giuridica violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, *b*) la violazione sia sufficientemente caratterizzata e *c*) sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dai singoli.

Alcuni anni dopo la stessa Corte di Lussemburgo (sent. *Kobler* del 2003) ha ulteriormente puntualizzato che il diritto al risarcimento spetta anche quando la violazione derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, anche se, data la particolarità e specificità dell'attività giurisdizionale, ha voluto precisare che la responsabilità per violazione del diritto comunitario "può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice ha violato in maniera manifesta il diritto vigente".

Allo scopo di valutare il carattere manifesto della violazione, il giudice deve tener conto dei seguenti elementi: chiarezza e precisione della norma violata, carattere intenzionale della violazione, scusabilità o inescusabilità dell'errore, posizione adottata da un'istituzione comunitaria, mancata osservanza dell'obbligo di pregiudiziale comunitaria o ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia.

A seguito di tale giurisprudenza si è posto per il nostro paese il problema della compatibilità con essa della normativa sulla responsabilità del giudice contenuta nella l. 117/88 e specialmente della c.d. clausola di salvaguardia, che esclude la sussistenza della responsabilità del giudice allorché si tratti di attività di interpretazione del diritto.

I giudici italiani fornirono in proposito risposte diversificate, per alcuni la l. 117/1988 tutelando un valore fondamentale quale quello dell'indipendenza del giudice non è disapplicabile dal giudice comune, in quanto "controlimite", mentre altri, al contrario, hanno ritenuto la previsione della clausola di salvaguardia contraria al diritto comunitario e quindi da disapplicare. Altri ancora hanno invece scelto di investire nuovamente della questione la Corte di giustizia di Lussemburgo attraverso una richiesta pregiudiziale circa la conformità appunto della clausola di salvaguardia ai principi del diritto comunitario, quali desumibili dalla ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è pertanto intervenuta nuovamente sul punto specifico.

La Corte (sent. *Traghetti del Mediterraneo* del 2006) in particolare ha affermato che non può escludersi che una violazione manifesta del diritto comunitario avvenga proprio nell'esercizio di attività interpretativa del giudice e che contrasta con il diritto comunitario una legislazione nazionale che escluda comunque la responsabilità dello Stato o che limiti la stessa al dolo o alla colpa grave per attività interpretativa del giudice, ove una tale limitazione possa condurre, di fatto, ad escludere la responsabilità dello stato in caso di violazione manifesta del diritto vigente.

In Italia si è, di conseguenza, aperto un ampio dibattito circa le ricadute di tale giurisprudenza sulla normativa nazionale, sembrando ad alcuni di doverne derivare un vero e proprio scardinamento dell'intero sistema, mentre per altri nulla sarebbe cambiato, dovendosi ricondurre la "violazione manifesta" alle condizioni del dolo o colpa grave.

Le valutazioni circa il suddetto intervento della Corte di giustizia e le conseguenze da trarne non hanno in sostanza condotto ad alcuna innovazione della normativa vigente,

per questo, trascorsi ormai cinque anni, la stessa Corte di giustizia, nell'ambito di un giudizio per infrazione, ha, in maniera quasi scontata, condannato l'Italia per essere venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, posto che, ai sensi dell'art. 2, 1° e 2° comma, l. 13 aprile 1988 n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati: a) esclude qualsiasi responsabilità dello stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e b) limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave (sent. 24 novembre 2011, n. 379/10, Commissione Ue c. Italia).

I due profili sopra indicati, per i quali l'Italia è stata condannata, non debbono essere posti sullo stesso piano, nel senso che la clausola di salvaguardia come disciplinata dalla l. 117/88 —escludendo in assoluto, con riguardo all'attività interpretativa del giudice, una responsabilità dello stato anche in caso di violazione manifesta del diritto comunitario— si pone irrimediabilmente contro i principi della Ue, mentre ciò non vale necessariamente per la previsione della condizione della colpa grave.

La Corte di giustizia ha infatti condannato l'Italia in quanto non ha potuto dimostrare, di fronte alle risultanze indicate dalla commissione, che l'interpretazione della nostra cassazione in ordine a tale condizione era tale da ricomprendervi anche la violazione manifesta.

Tale differenziazione può condurre, come dirò tra un momento, a trarre dalla decisione, allo stato della normativa, conseguenze diverse.

III. 9. *Segue: le ipotesi di riforma. I differenti piani coinvolti: a) de iure condito e de iure condendo; b) diritto eurounitario e diritto nazionale; c) responsabilità dello stato (e diritto di rivalsa) e responsabilità del giudice*

Diversi sono i piani sui quali, conseguentemente, si è sviluppata la discussione, sia a livello politico —con il tentativo di una parte di strumentalizzare tale pronuncia per andare ben oltre quanto essa sembra richiedere ed introdurre misure limitative e riduttive dell'indipendenza del giudice— sia a livello dottrinario.

Per quanto tali piani siano tra di loro inevitabilmente interconnessi, può essere opportuno, per un migliore inquadramento dei relativi problemi, tenere gli stessi separati, distinguendo gli aspetti *de iure condito* da quelli *de iure condendo*, quelli relativi al piano del diritto dell'Ue rispetto a quelli concernenti il diritto nazionale, quelli relativi alla responsabilità dello stato rispetto a quelli relativi alla rivalsa o alla responsabilità del giudice ed infine quelli relativi al tipo di riforma da suggerire al nostro legislatore.

Iniziando quindi dal primo e valutando, *de iure condito*, le conseguenze delle decisioni della Corte di giustizia, occorre innanzitutto sottolineare come queste si rivolgono solo alla responsabilità dello stato (e non del giudice) e solo all'ipotesi di violazione del diritto comunitario.

In considerazione di ciò possiamo quindi ritenere che i giudici italiani, in un giudizio nel quale viene denunciata una violazione manifesta del diritto comunitario da parte di un giudice, dovranno disapplicare la disposizione che

esclude la responsabilità civile in caso di interpretazione di norme di diritto, in quanto contrastante con i principi dell'Ue, mentre un simile obbligo non si pone né con riguardo all'azione di rivalsa, né all'identico vizio ma riferito al diritto nazionale.

Qualora il giudice ritenga una simile conseguenza irragionevole, può soltanto richiedere l'intervento demolitorio della Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, 2° comma, l. 117/88, nella parte in cui prevede, per le violazioni manifeste del diritto interno, limiti più rigorosi alla responsabilità dello stato rispetto a quelli previsti per le stesse violazioni del diritto comunitario.

Con riguardo invece alla nozione di "colpa grave", i giudici nazionali sono chiamati a seguire una interpretazione comunitariamente conforme della stessa, tale da non escludere la manifesta violazione del diritto dal suo ambito di applicazione. Qualora il giudice ritenga ciò non consentito dalla lettera della legge, dovrà allora disapplicare la relativa disposizione.

Il problema che viene a porsi in proposito è pertanto quello di raffrontare la nozione di "colpa grave", alla sussistenza della quale la legge italiana subordina la responsabilità civile del giudice (e dello stato), a quella di "manifesta violazione del diritto vigente", indicata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Quest'ultima, come ricordato, pare, da un lato, aver ritenuto possibile una lettura della prima tale da ricomprendervi anche la seconda[15] e dall'altro ha espressamente indicato i criteri in

[15] Nella sentenza Traghetti del Mediterraneo del 2006 infatti il contrasto con il diritto comunitario viene indicato in una forma condizionale, ossia a condizione che l'interpretazione della nozione di colpa grave conduca, in concreto, ad escludere la responsabilità dello stato in caso di violazione manifesta del diritto.

base ai quali valutare la natura manifesta della violazione, alcuni dei quali sembrano potersi ricondurre con facilità alla nozione di colpa grave. Così ad esempio senz'altro per il carattere intenzionale della violazione o della scusabilità o meno dell'errore, ma pure in larga misura per la chiarezza e precisione della norma violata.

Pare comunque indubbio che l'accoglimento di una interpretazione conforme nel senso anzidetto della nozione di colpa grave dovrebbe comportare l'abbandono della lettura della stessa nozione finora seguita dai giudici italiani e dalla corte di cassazione in particolare, facente riferimento a violazioni evidenti e macroscopiche, a scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o a manipolazioni assolutamente arbitrarie. E' infatti proprio in considerazione di tale giurisprudenza che l'Italia è stata condannata dalla Corte di giustizia.

Tra i progetti di riforma della attuale disciplina presentati in questi ultimi mesi, mentre in alcuni casi si è presupposta una differenziazione delle due nozioni, aggiungendo a "dolo e colpa grave" la ulteriore condizione della "evidente violazione",[16] in altri al contrario quest'ultima è stata indicata come una delle ipotesi integranti la colpa grave, facendo pertanto coincidere le due nozioni.[17]

[16] La camera dei deputatati, nel corso dell'esame del progetto di legge comunitaria 2011, ha approvato un emendamento (conosciuto, dal nome del suo proponente, come "emendamento Pini"), tendente ad introdurre in materia di responsabilità dei magistrati una nuova disposizione, volta ad incidere sull'art. 2 l. 117/88.

Nello stesso senso, sul punto, quanti hanno ritenuto che la nozione di "manifesta violazione" sia diversa e più ampia rispetto a quella di "colpa grave", trattandosi la prima di una situazione di natura oggettiva, mentre la seconda di carattere soggettivo.

[17] Progetto di riforma presentato in questi giorni dal governo Monti prevede, tra l'altro, che costituisce colpa grave "la violazione manifesta delle legge e del diritto comunitario".

La maggior parte dei commentatori, come pure delle parti politiche, concordano nel ritenere necessario un intervento del legislatore che, in risposta alle richieste provenienti dalla Corte di giustizia e anche sulla base di queste, provveda ad un ripensamento e riordino generale della disciplina della responsabilità civile del giudice (e dello stato).

Al proposito un primo aspetto che si è posto e che ha trovato risposte diverse concerne l'oggetto della disciplina, se cioè lo stesso debba limitarsi alle violazioni manifeste del diritto comunitario oppure anche quelle concernenti il diritto nazionale.

E' fuori dubbio che, per ragioni di competenza, le surrichiamate decisioni della Corte di giustizia impongono allo stato italiano solo di disciplinare diversamente il regime delle violazioni del diritto comunitario e, partendo da questo, è stato proposto (Scoditti) di regolare la responsabilità dello stato (e solo dello stato) in una legge *ad hoc*, trattandosi di una ipotesi del tutto diversa da quella della responsabilità civile del giudice che dovrebbe continuare quindi ad essere regolata dalla legge 117/88.

In senso analogo si è espresso pure Ernesto Lupo, attuale primo presidente della corte di cassazione, il quale ha parlato di situazioni abissalmente distanti in quanto, mentre la violazione manifesta. attraverso una determinata interpretazione del diritto dell'UE, viene stabilita in maniera definitiva e inconfutabile dalla Corte di giustizia, quella relativa al diritto interno è affidata alla cassazione come giudice di ultimo grado, il cui giudizio però (sebbene formalmente definitivo) può essere portato davanti ad altro giudice nazionale per violazione manifesta. Per questo egli propone che l'ipotesi di violazione manifesta sia limitata al diritto comunitario, mentre a livello interno la responsa-

bilità resti collegata ad uno stato soggettivo del magistrato, vale a dire ad una sua negligenza inescusabile.

Da altri (Pace) è stato fatto rilevare, in maniera invero inappuntabile sotto l'aspetto teorico, come, al di là degli effetti vincolanti derivanti dalle sentenze della Corte di giustizia, sarebbe paradossale sostenere che una attività del tutto identica quale la violazione manifesta del diritto comunitario o del diritto interno da parte di un provvedimento giudiziario, avesse un regime diverso: risarcito dallo stato nel primo caso e privo invece di sanzione nel secondo. Questo significherebbe negare che abbia interesse, per il nostro stato, la piena efficacia delle norme nazionali che conferiscono diritti, in palese contrasto con il principio di ragionevolezza, sia con l'art. 54 Cost. (dovere di osservare le leggi), in quanto il nostro legislatore mostrerebbe di preoccuparsi maggiormente delle possibili violazioni del diritto comunitario rispetto alle analoghe violazioni del diritto interno.

Un secondo aspetto concerne invece il rapporto che deve porsi tra la responsabilità dello stato per danni ingiusti causati da un atto giurisdizionale e la responsabilità del giudice che ha pronunciato il relativo provvedimento.

La disciplina attuale, come già ricordato, regola le due ipotesi subordinando le due forme di responsabilità alla sussistenza delle stesse condizioni e presupposti (dolo, colpa grave, diniego di giustizia) e stabilendo le stesse esimenti (attività di interpretazione di norme di diritto e valutazione del fatto e delle prove). L'azione è esperibile direttamente solo nei confronti dello stato, il quale ha il diritto di rivalsa nei confronti del magistrato.

Attraverso una evidente strumentalizzazione delle sentenze della Corte di giustizia e cogliendo l'occasione per modificare in senso "punitivo" la disciplina della responsabilità civile del giudice senza che questo fosse minimamente richiesto dalla necessità di conformarsi ai principi comunitari, alcuni progetti di legge, approvati dalla maggioranza politica di centrodestra, hanno previsto l'introduzione di una responsabilità diretta nei confronti del giudice, parallela a quella dello stato, giustificandola con l'avvenuta "burocratizzazione" dell'attività del giudice e con la natura "creativa" dell'attività giurisdizionale.

In tal senso il già ricordato emendamento Pini alla legge comunitaria prevede la possibilità del cittadino di agire "contro il soggetto riconosciuto colpevole per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale". Contro questa previsione si è espressa la dottrina assolutamente prevalente e, attraverso due distinti pareri (28 giugno 2011 e 14 marzo 2012), il Consiglio superiore della magistratura, il quale ha rilevato come tale innovazione espone il sistema al rischio di implosione,[18] ponendo seriamente in pericolo la posizione di indipendenza e di imparzialità del giudicante.

Anche il ricordato disegno di legge di riforma costituzionale n. 4275 del 2011 stabiliva la responsabilità civile diretta dei magistrati per gli "atti compiuti in violazione di diritti" (*id est* per l'attività giurisdizionale *tout court*), sottolineando il parallelo con quanto previsto in generale per i

[18] Il Csm ha sostenuto che "la facoltà di agire direttamente ed immediatamente nei confronti del magistrato può rendere il sistema giudiziario italiano davvero ingestibile a causa della concreta possibilità che si verifichi un intreccio paradossale fra l'esercizio della funzione giudiziaria e la difesa personale del giudice chiamato rispondere in prima persona per un'azione risarcitoria nei suoi confronti, con il rischio che le parti, attraverso l'esercizio immediato e diretto dell'azione nei confronti del magistrato, possano costringere il giudice non gradito all'astensione ovvero, possano, indirettamente, scegliersi il proprio giudice".

pubblici impiegati ("al pari degli *altri* funzionari e dipendenti dello Stato").

Il risultato che ne derivava era, da una lato, quello di una sorta di discriminazione a rovescio, dal momento che non per tutti i pubblici dipendenti è vero che sussiste la responsabilità diretta del funzionario, esclusa infatti quando ciò venga suggerito dalla delicatezza della funzione svolta che potrebbe essere negativamente influenzata dalla previsione di una responsabilità civile diretta, ma soprattutto l'aspetto che mi sembra decisamente più grave era quello della parificazione dell'attività giurisdizionale a quella amministrativa e dei magistrati ai "funzionari e dipendenti dello Stato".[19]

La suddetta riforma costituzionale sembrava quindi liquidare senza mezzi termini tutta la precedente e successiva elaborazione della dottrina, nonché della normativa e della giurisprudenza che hanno valorizzato e sottolineato l'assoluta specificità della funzione giurisdizionale.

L'ipotesi di una responsabilità solo indiretta nei confronti dei magistrati è stata ritenuta preferibile da parte della maggioranza della dottrina, la quale si è espressa pertanto a favore di un sistema quale quello attuale, con la necessità di un'azione di rivalsa dello stato verso il magistrato.

A quest'ultimo proposito si sono nuovamente distinte due diverse posizioni, la prima favorevole a confermare anche in questo la disciplina attuale nel senso di subordinare alle stesse condizioni l'esercizio dell'azione nei confronti dello stato e quella di rivalsa, mentre una seconda tendente a separare i due piani, diversificando le condizioni e rendendo più ampia la possibilità di ricorso nei confronti dello stato (in caso di manifesta violazione o colpa) e più ristretta quella nei riguardi del giudice (solo dolo o colpa grave).

[19] Un volume curato da Giuseppe Maranini agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso aveva un titolo in proposito molto espressivo (*"Magistrati o funzionari?"*) e tendeva ad evidenziare nel contenuto le specificità e le particolarità connesse alla delicata funzione giurisdizionale, legata alla interpretazione, necessariamente "creativa", delle disposizioni normative.

III. 10. *Segue: verso una nuova disciplina della responsabilità del giudice e dello stato per l'attività giurisdizionale*

In conclusione, per quanto concerne una futura disciplina della responsabilità civile dello stato (e del giudice) per l'attività giurisdizionale —una volta esaminati gli aspetti relativi all'oggetto (diritto comunitario e diritto interno) ed alla natura diretta o indiretta della azione di responsabilità— l'attenzione deve essere posta alle due condizioni previste dalla legge italiana le quali hanno formato oggetto delle pronunce della Corte di giustizia: la sussistenza della "colpa grave" e l'esimente della clausola di salvaguardia per le attività interpretative.

Con riguardo alla prima, una soluzione potrebbe essere, come detto, di mantenerla solo per l'azione di regresso, eliminandola per quella nei riguardi dello stato, realizzando così un doppio binario oppure procedere ad una sorta di interpretazione autentica della legge 117/88 e della nozione di "colpa grave" in particolare, inserendo tra i casi di colpa grave anche la "violazione manifesta del diritto vigente".

Entrambe le soluzioni parrebbero rispettose delle decisioni della Corte di giustizia, sia della indipendenza del giudice, anche alla luce di quanto recentemente affermato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, secondo cui "l'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare respon-

sabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave".[20]

Per quanto concerne invece la clausola di salvaguardia, essa si fonda, come esattamente rilevato da Alessandro Pace, sul falso mito della natura meccanica dell'attività giurisdizionale, come tale meramente dichiarativa della volontà del legislatore e pertanto non possibile fonte di responsabilità.

Il mito del giudice "bocca della legge" può ritenersi ormai da tempo tramontato e comunemente accettata l'ovvia natura creativa della giurisprudenza, anche se questo non significa affatto che il giudice si ponga, quanto a creazione del diritto, sullo stesso piano del legislatore, soprattutto, come dirò tra poco, quanto a modalità di intervento, legittimazione e limiti.

Sotto quest'ultimo aspetto in particolare il giudice, nella sua attività "creativa", incontra limiti insuperabili nel testo normativo, cui deve necessariamente rifarsi e nel rispetto della c.d. "processualità" dell'agire del giudice, tale da porre un intervallo visibile tra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto.

Intendo riferirmi al principio della domanda, per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, all'obbligo comunque di decidere, nonché a quello, fondamentale, di motivazione delle proprie decisioni.

In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio di legalità costituzionale e di soggezione del giudice solo alla legge (*rectius* al diritto).

[20] Raccomandazione CM/Rec adottata il 17 novembre 2010, 67, dove è pure sostenuto che "soltanto lo stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale".

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene poi certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità. Come scrive Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale.

La preclusione totale a qualsiasi forma di responsabilità civile per l'attività di interpretazione delle norme di diritto, può certamente correre il rischio di escludere sempre o quasi sempre la sussistenza della stessa, dal momento che qualsiasi attività giurisdizionale può comunque essere ricondotta ad un'opera interpretativa del magistrato, per questo la proposta, da molti avanzata, di sopprimere la clausola di salvaguardia.

Contro tale proposta, applicata alle violazioni del diritto interno, è stato osservato come essa porrebbe seriamente a rischio i principi di autonomia e indipendenza della magistratura e la diffusività dell'esercizio della giurisdizione e condurrebbe ad un vero e proprio ribaltamento dell'attuale assetto ordinamentale e processuale della giustizia. Quest'ultima affermazione fa esplicitamente riferimento al fatto che l'eliminazione della clausola di salvaguardia consentirebbe la possibilità che l'interpretazione del diritto interno fornita dalla cassazione venga impugnata davanti ad un giudice di primo grado e poi in appello,

realizzando in pratica un nuovo grado di giudizio ed un ulteriore allungamento dei tempi della giustizia.[21]

Anche in considerazione di tale rilievi credo che una soluzione, valida sia per le violazioni del diritto comunitario che per quelle del diritto interno, potrebbe essere quella non di abolire la clausola di salvaguardia, ma di modificarne la formulazione.

La presenza, come appena detto, di precisi limiti all'attività interpretativa-creativa del giudice, consente di distinguere tra una "creazione" rispettosa di quei limiti ed una "creazione" che invece non è tale e comporta quindi una esorbitanza dai limiti costituzionalmente stabiliti per tale attività.

Come esempio potrebbe essere utilizzata la versione "aggiornata" della clausola di salvaguardia, utilizzata dal legislatore del 2006 nel regolare la responsabilità disciplinare del giudice.

Il d. lgs. 23 febbraio 2006 n. 109 (art. 2, 2° comma) stabilisce infatti che "l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare", ma esclude dall'ambito di applicazione della clausola di salvaguardia, tra l'altro, le ipotesi di "grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza", "travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile", "emissione di provvedimenti privi di motivazione", "adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza".

Una ipotesi potrebbe pertanto essere quella di mantenere la clausola di salvaguardia per le attività legittimamente rientranti tra i poteri interpretativi spettanti all'autorità giudiziaria ed escluderla per quelle chiaramente esorbitanti dagli stessi. Il caso di "manifesta violazione del diritto vigente", nel significato attribuito a tale espressione dalla giurisprudenza comunitaria, potrebbe essere una ragione di esclusione della clausola di salvaguardia, attraverso una formulazione dell'art. 2, 2° comma, l. 117/88 sulla falsariga dell'art. 2, 2° comma, d. lgs. 109/06 sopra citato.

[21] A questo viene obiettato da Pace che comunque i due giudizi hanno un diverso oggetto e che i magistrati si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni (art. 107, 4° comma, Cost.).

III. 11. *La responsabilità contabile e la responsabilità penale. La riparazione degli errori giudiziari ed il risarcimento dei danni subiti per irragionevole durata del processo.*

Sempre in tema di responsabilità si è posto pure il problema relativamente alla configurabilità, per i magistrati, di una *responsabilità contabile* derivante da danni all'erario derivati nell'esercizio delle proprie attività.

L'assenza di una normativa specifica in proposito ha fatto dubitare ad alcuni della applicabilità della normativa generale per supposta violazione del principio di indipendenza della magistratura oppure ha fatto dire ad altri che, proprio in ragione del loro carattere generale, valgono anche per i magistrati le regole applicabili ai dipendenti dello stato.

La giurisprudenza della Corte dei conti tende ad escludere la sussistenza della propria giurisdizione allorché si tratti di supposti danni causati nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, ritenendola invece sussistere quando il magistrato è investito di funzioni amministrative e secondo le regole normali. I casi più frequenti sono legati alla responsabilità per le spese di custodia dei beni sequestrati, nei casi di colpevole ritardo nella pronuncia dell'ordine di dissequestro.

L'art. 5 della c.d. legge Pinto prevede che il decreto di accoglimento della domanda è comunicato a cura della cancelleria, oltre che alle parti, al procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonchè ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento, mentre l'art. 172 dpr 115/02 stabilisce che "i magistrati e funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa".

Di recente ci si è chiesti (Ristuccia) come sia possibile, se la funzione di garanzia contabile della Corte dei conti trova fondamento nella Costituzione, escluderla per le funzioni giurisdizionali dei magistrati in assenza di una norma che stabilisca tale sottrazione e, se le garanzie di indipendenza-imparzialità del giudice non comportano la esclusione di responsabilità, dove stiano le ragioni per escludere questo tipo di responsabilità, a carattere generale, che attiene al corretto uso delle risorse pubbliche disponibili per l'esercizio delle proprie funzioni.[22]

[22] Nell'ambito di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, la Corte costituzionale è stata chiamata a stabilire se spettasse alla Procura della Corte dei conti citare in giudizio di responsabilità contabile, e alla Corte dei conti giudicare, un giudice (nella specie: un giudice istruttore penale) per il preteso danno causato all'erario in conseguenza della liquidazione di compensi, che si assumono essere stati illegittimamente disposti a favore di periti nominati nel corso di procedimenti penali.

In quella occasione la Corte ha sostenuto "la conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme" ed ha espresso "la convinzione che le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell'indipendenza e dell'insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione" per cui "non è possibile ricavare un confine definito dalla Costituzione, che giustifichi la drastica affermazione che alla Corte dei conti è sempre preclusa —si ribadisce: preclusa per ragioni di costituzionalità— la giurisdizione sulla responsabilità dei magistrati per danno erariale" (sent. 385/1996).

Per quanto concerne infine la *responsabilità penale* dei magistrati, essi rispondono, al pari di qualsiasi altro cittadino, per i reati comuni commessi, ed inoltre pure dei delitti, previsti dalle leggi penali, dei pubblici ufficiali contro la p.a.

Non attiene alla responsabilità del giudice, in quanto non tiene come presupposto il compimento di un illecito da parte del magistrato, la previsione costituzionale, e la relativa attuazione, relativa alla *riparazione degli errori giudiziari*. Il diritto ad un'equa riparazione è commisurato alla durata della carcerazione o internamento per misura di sicurezza ed alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna, purchè la condanna ingiusta non sia a lui in tutto o in parte imputabile per dolo o colpa.

La l. 117/1988 prevede espressamente che le disposizioni della legge sulla responsabilità civile del giudice "non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione" (art. 14).

Alcuni (Silvestri) hanno proposto di ampliare la via della "riparazione degli errori giudiziari", anziché le ipotesi di responsabilità civile del giudice, nella considerazione che un magistrato troppo preoccupato delle conseguenze personali della sua decisione non può essere un giudice indipendente.

Lo stesso può dirsi per la legge che ha previsto il diritto ad risarcimento dei danni subiti in caso di accertata *durata non ragionevole del giudizio* (l. 24 settembre 2001 n. 89, c.d. legge Pinto).

IV. Il principio "dove è il potere deve esservi responsabilità": conseguenze e limiti della sua applicazione all'attività giurisdizionale. La magistratura come "potere" dello stato e la legittimazione del diritto giurisprudenziale rispetto a quella del diritto politico

A proposito della responsabilità del giudice e per giustificarne una determinata disciplina, nelle discussioni degli ultimi anni è sempre più frequente il riferimento alla quantità di "potere" riconosciuto alla magistratura o comunque da questa effettivamente esercitato, per dedurne il principio secondo cui, in un ordinamento democratico, "dove è il potere, deve esservi responsabilità".

La conseguenza che se ne trae è quella di ricondurre la legittimazione del giudice nell'ambito del c.d. circuito democratico e di invocare forme di responsabilità maggiori e più ampie a fronte di una presenza, quale quella che ho cercato di indicare nel secondo paragrafo, sempre maggiore e più incisiva del giudice nella "creazione" del diritto in via giurisprudenziale. L'argomento richiama quello più ampio e assai dibattuto relativo alla qualificazione della magistratura come "potere" o invece come "ordine", stante l'utilizzo direttamente e indirettamente (attraverso il termine "altro") di entrambi i termini da parte dell'art. 104, 1° comma, della Costituzione.

La questione relativa appare connessa e dipendente dalla nozione di "potere" cui si intende far riferimento, non potendosi comunque negare che tale sia la magistratura (*rectius* il singolo magistrato nell'esercizio di funzioni giurisdizionali) qualora la si riferisca, secondo quanto può ricavarsi dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, al soggetto titolare di una competenza costituzionalmente garantita. E' sulla base di una simile conclusione che, come ho detto, la Corte costituzionale ha definito la magistratura un "potere diffuso", riconoscendo quindi al singolo giudice, ed anche agli organi del pubblico ministero, la legittimazione ad essere parti, in senso attivo o passivo, di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Diversa conclusione deve a mio avviso essere seguita allorché la nozione di potere venga intesa nel senso di un blocco unitario e monolitico di autorità che si esprime con un'unica voce e che si contrappone agli altri poteri (legislativo ed esecutivo).

La magistratura infatti appare unitaria solamente in ragione del particolare *status* che accomuna tutti i suoi componenti e in considerazione della particolarità e delicatezza della funzione che gli stessi sono chiamati ad esercitare.

Per questo è senz'altro da escludere che in tal senso la magistratura possa essere vista come un potere o addirittura come un contropotere, che opera quale contrappeso al governo o al parlamento, svolgendo essa al contrario una funzione di garanzia dello stato costituzionale nel suo complesso e non potendo quindi essere qualificata come una parte che si contrappone ad altre.

In ragione proprio di tale funzione risulta evidente come appaia fuorviante e inappropriata l'affermazione di quanti rivendicano un più penetrante controllo della politica sulla magistratura in ragione del fatto che quest'ultima esercita il controllo anche sull'attività dei politici.

Circa il rapporto tra l'attività giurisdizionale e la nozione di democrazia, in un recente saggio di Alfonso Di Giovine è stato bene sottolineato come democrazia non significhi solamente che le scelte politiche debbono essere riservate ai soggetti rappresentativi, ma pure che le decisioni attinenti in particolare ai diritti fondamentali debbono essere

sottratte alla maggioranza e sottoposte al controllo di organi imparziali.

Il controllo dei "limiti del potere" non può pertanto ritenersi contro la democrazia, ma contro il dispotismo elettivo e la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante della democrazia.

La funzione legislativa e quella giurisdizionale trovano entrambe fondamento nella Costituzione, specificamente la prima nel principio maggioritario-rappresentativo e la seconda in quello di legalità.

Il consenso popolare non può quindi ritenersi la fonte di legittimazione dell'attività giurisdizionale, in quanto se è vero che i giudici amministrano la giustizia "in nome del popolo italiano", è altrettanto vero che quel principio deve essere letto insieme e coordinato con l'altro, per cui "il giudice è soggetto solo alla legge", quest'ultima come espressione della sovranità popolare, il che è ben diverso da una subordinazione alla volontà popolare o al consenso dell'opinione pubblica.

Diverse sono infatti le fonti di legittimazione dell'attività giurisdizionale rispetto a quella politica e differenti le modalità di produzione e l'efficacia del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico.

La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge e dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate.

La legittimazione del giudice deriva pertanto dalla fiducia che i cittadini hanno nelle loro decisioni, in quanto la soluzione alle controversie da parte dell'autorità giudiziaria si impone ai destinatari non come espressione di una "verità", né come scelta che fa riferimento ad un determinato indirizzo politico, ma solo in quanto proviene da un soggetto che è ritenuto tecnicamente e professionalmente preparato e che opera, in condizione di indipendenza e di imparzialità, secondo e nel pieno rispetto di regole processuali ed è, entro certi limiti, responsabile del suo operato.[23]

Il fondamento della legittimità dell'attività giurisdizionale anche sulla fiducia che i destinatari della stessa deve nutrire nei confronti della magistratura sta ad indicare che a questo fine soprattutto debbono essere previsti e mirati sia i controlli, sia le forme di responsabilità, i quali si pongono tra di loro in stretta connessione, nella misura in cui un ben articolato e funzionale sistema di controlli sulla professionalità del magistrato debbono servire proprio ad evitare che si aprano procedimenti per responsabilità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Nota Bibliografica

A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1982

G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997

F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, Giuffrè, Milano, 2006

[23] Per questo può risultare devastante per il ruolo e la funzione del giudice l'intervento, ripetuto, di forze politiche e di esponenti, anche autorevoli, delle stesse e che ricoprono cariche importanti nelle istituzioni con cui si parla della magistratura come di un soggetto di parte ("comunisti") che opera per fini politici, volti a destabilizzare i soggetti democraticamente eletti e quindi come un "cancro da estirpare" o addirittura una "associazione a delinquere", meritevole di una commissione d'inchiesta parlamentare.

S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Mulino, Bologna, 2008
A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 2009
G. CAMPANELLI (cur.), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Giappichelli, Torino, 2009
D. CAVALLINI, B. Giangiacomo, *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare*, Giuffrè, Milano, 2009
M. VOLPI (cur.), *La responsabilità dei magistrati*, Jovene, Napoli, 2009
S. BARTOLE, A. Pace, R. Romboli (cur.), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010
S. PANIZZA, *La responsabilità disciplinare dei componenti delle commissioni tributarie*, Plus, Pisa, 2010
N. ZANON, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011
M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in Rivista AIC, 2012, n. 3 del 3 luglio 2012
R. ROMBOLI, *Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione*, in *Decisioni conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Jovene, Napoli, 2012, 315-356.

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

RICARDO SEPÚLVEDA I.*

Ninguna Ley de Responsabilidades de Funcionarios será eficaz sin el apoyo de una ciudadanía valerosa y vigilante.

ANTONIO CARRILLO FLORES

...la mayor trascendencia de dichos órganos (ombudsman) consiste en la solución rápida de las afectaciones de los promoventes de las quejas por violación de sus derechos...

HÉCTOR FIX ZAMUDIO

I giuristi sono capaci di rendere equivoco qualunque enunciato, la cui interpretazione sarebbe del tutto pacifica in contesti non giuridici.

RICCARDO GUASTINI

RESUMEN: El movimiento internacional de los derechos humanos ha modificado las coordenadas del sistema jurídico universal y, en general, el sentido del aparato estatal haciéndolo evolucionar de un Estado de Derecho a un Estado de Derechos. Esta transformación tiene implicaciones en todas las ramas del Derecho, en el caso del Derecho Administrativo, al tener como objeto la regulación de la actividad de las autoridades adminis-

* Profesor de Teoría Política y Constitucional de la Escuela Libre de Derecho.

trativas, este se convierte en una fuente fundamental para la protección de derechos humanos. Dentro de esta vinculación sobresale la institución de la responsabilidad administrativa la cual es un mecanismo de justicia ante las violaciones de derechos humanos. Sin embargo el planteamiento que hemos de hacer tiene un sentido práctico y consiste en analizar si en términos concretos y reales, esta institución está teniendo impacto en la protección de los derechos humanos. Aquí es donde resulta útil analizar el comportamiento de los *ombudsman* —usando el término que engloba a todos los organismos no jurisdiccionales que protegen a los particulares frente a la actividad de las autoridades administrativas— ya que corresponde a estos organismos intervenir en el caso de violaciones a derechos humanos provocada por autoridades administrativas. Diversas dificultades se observan respecto a esta tarea, ya que por un lado no existe el reconocimiento generalizado que los derechos humanos son también una tarea para el derecho administrativo, pero por otro, los datos —formales y reales— sobre el desempeño de los *ombudsman* nos arroja un panorama de poca eficacia. Ante esto conviene revisar la institución de la responsabilidad administrativa para reforzar su verdadero sentido.
PALABRAS CLAVE: Derechos humanos. Ombudsman. Responsabilidad administrativa. Responsabilidad patrimonial del Estado.

ABSTRACT: Il movimento internazionale dei diritti umani ha modificato la direzione del sistema giuridico universale ed, in generale, il senso dell'apparato statale per farlo evoluzionare d'uno Stato di Diritto ad' un Stato de Diritti. Questa trasformazione ha implicazioni in tutte gli ambiti dei Diritti, nel caso dal Diritto amministrativo, per avere come oggetto la regolazione dell'attività delle autorità amministrative, queste si trasformano nella fonte fondamentale per la protezione dei diritti umani. Entro di questa implicazione risalta l'istituzione della responsabilità amministrativa che è un istrumento di giustizia di fronte alle violazioni di diritti umani. Tuttavia l'approccio che faremo sarà con senso pratico, provará di analizzare concretamente se questa istituzione ha avuto impatto nella protezione dei diritti umani. Qui sarà utile analizzare il comportamento dell'*ombudsman* —per utilizzare il termino generico di tutte le agenzie non giurisdizionali che proteggendo privati dall'attuazione delle autorità amministrative— perché sono queste agenzie qui devono intervenire nel caso di violazioni ai diritti umani causati per le autorità amministrative. Diverse sfide si guardano in questo, in tanto non esiste un riconoscimento generale su la responsabilità del diritto amministrativo di avere cura dei diritti umani, ed perché l'attuazione –secondo dati, formali ed reali- degli *ombudsman* non è molto efficace. Cioè, è opportuno rivedere l'istituzione della responsabilità amministrativa per trovare il suo autentico senso."
PAROLE CHIAVE: Diritti Umani. Ombudsman. Responsabilità amministrativa. Responsabilità patrimoniale dello Stato.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Aunque se trata de un lugar común decir que la protección de derechos humanos es origen, justificación y fin de las instituciones públicas, resulta un tema poco claro al momento de regular dichas instituciones y llevarlas a la práctica. Por ello no resultan ociosos los esfuerzos orientados a fortalecer la vinculación entre las instituciones jurídicas y la protección de derechos humanos.

El objeto del presente trabajo pretende enfrentar esta problemática y referirla a un punto muy concreto, la responsabilidad administrativa de los servidores públicos en el caso de que incurran en violaciones a derechos humanos.[1]

Las aristas que presenta este análisis son múltiples y se refieren más al aspecto práctico que al teórico. La pregun-

[1] Dado que este ensayo se presenta en el marco del intercambio académico entre la Escuela Libre de Derecho y la Universidad de Pisa, que tiene entre sus objetivos profundizar en el conocimiento de las particularidades de cada sistema jurídico, haremos especial énfasis en las problemáticas que se enfrentan actualmente en el sistema mexicano.

ta a realizarse dentro del presente análisis es: ¿hasta qué punto la institución de la responsabilidad administrativa es útil y práctica para la protección de los derechos humanos? Esta es una pregunta necesaria, ya que si no existe una respuesta afirmativa entonces tendremos que pasar al siguiente cuestionamiento, ¿cuál es la utilidad real —material— de la institución de responsabilidad administrativa en el marco del Estado de Derecho?

La tarea de proteger los derechos humanos no es una tarea exclusiva para las sociedades con límites de desarrollo o problemas de ingobernabilidad. Como lo han reiterado los organismos internacionales al revisar la situación de derechos humanos en cada uno de los países del orbe, la protección de los derechos humanos es una responsabilidad siempre inacabada[2] y, por lo tanto, deben buscarse periódicamente fórmulas de perfeccionamiento constante.

De esta forma, la vinculación entre las instituciones de protección de derechos humanos y de la responsabilidad administrativa representa uno de los objetivos de todo sistema jurídico, que debe abordarse fundamentalmente desde la perspectiva material por encima de la formal. En este trabajo, de intento, queremos hacer un esfuerzo por mirar la problemática que esta relación presenta en la realidad, más allá de la perfección que han logrado los sistemas formales. Dicho de otra forma, nos interesa observar en los distintos diagnósticos que existen, cuál es la efectividad real de la institución de responsabilidad administrativa para proteger derechos humanos y no solamente su correcto diseño formal.

[2] Una de las manifestaciones de este enfoque se concreta en el nuevo sistema de revisión universal acordado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través del llamado Examen Periódico Universal, (*Universal Periodical Review*), al cual se encuentran sometidos todos los países, independientemente de su situación económica, política o social. Para mayor abundamiento *cfr.* http://www.ohchr.org/en/hrbodies/upr/pages/uprmain.aspx (2012-09-24).

Precisamente uno de los diagnósticos más cercanos para hacer esta evaluación es el que presenta el *ombudsman*, en el caso de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), a través de la cual podemos observar no solamente la dimensión que tiene la actividad administrativa en la violación a los derechos humanos, sino la capacidad de esta institución para sancionar y reparar dichas violaciones.

Este planteamiento enmarca el objetivo y las líneas de esta investigación, donde uno de los puntos más importantes es poder comparar esta situación con el sistema en su conjunto tal como ha evolucionado a nivel mundial, desde su origen en el *ombudsman* escandinavo.

Existe un punto particular que debe ser tratado en este estudio, por su impacto en la relación que sostenemos existe entre la defensa de los derechos humanos y el actuar de la administración pública, y es el referente a la disociación que puede percibirse en ocasiones entre la tarea de control de la legalidad, propia del sistema jurídico universal, particularmente del Derecho Administrativo, y la defensa de los derechos humanos. Este distanciamiento puede convertirse incluso en un antagonismo cuando, por ejemplo, se contraponen normas de jerarquía constitucional que consagran los derechos humanos y otras que tienen rango de ley secundaria pero que establecen criterios contrarios a dichos derechos constitucionales o bien cuando el sistema prohíbe a los órganos administrativos revisar sus normas secundarias para juzgar su adecuación con las disposiciones universales de derechos humanos. Este punto se convierte en el tema de fondo cuando se trata de analizar el sentido último de las instituciones administrativas.

Por ello, conforme a los avances que han tenido los principios de interpretación de los derechos humanos en el orden internacional y en los sistemas constitucionales comparados, se hace cada vez más importante hacer una revisión de la formulación que debe tener el principio de legalidad en el marco del Estado de Derecho moderno.

2. La protección de los derechos humanos como un componente fundamental del Estado de Derecho

a) Los derechos humanos son fin y razón de ser del Estado de Derecho

Los derechos humanos son fin y razón de ser del Estado de Derecho. Esto que parece una obviedad es en realidad un postulado muy controvertido. Ello se debe a que en primer término no ha sido reconocido como tal en todas las etapas de la evolución de las instituciones estatales o al menos no ha tenido la aceptación universal que ahora tiene. Asimismo, en segundo término, el postulado no tenía la fortaleza como para sostenerse en situación de crisis o de estados de excepción y se consideraba funcional para etapas de estabilidad o desarrollo.

Comenzando por lo esencial, hemos de decir que los derechos humanos han venido a ocupar el lugar que antes tenía el bien común, la justicia u otros valores, como fines del Estado. Sin afanes teóricos o especulativos cabe hacer esta referencia a la evolución que han tenido los derechos humanos dentro de las instituciones políticas.[3] Los dere-

[3] Los indicadores de derechos humanos constituyen el "puente" entre el discurso de los derechos humanos y el del desarrollo (Malhotra y Fasel, 2005). Esto es clave, pues todas las políticas de gobierno tienen el potencial de transgredir los derechos humanos, ya sea restringiendo las libertades, discriminando a personas o grupos u otros mecanismos (Gostin y Mann, 1994). Esto puede ocurrir incluso en democracias consolidadas, en particular cuando se antepone la racionalidad de la utilidad por sobre la de derechos. *Cfr.* FERRER LUES, Marcela (2007), *Derechos Humanos en Población: indicadores para un sistema de monitoreo*. Citado el 21 septiembre, 2012. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la CEPAL :

chos humanos son asumidos como uno de los indicadores más objetivos para medir el desempeño de una organización estatal y, en particular, de cada una de sus instituciones. Esto significa tanto como decir que el resultado natural de la actuación de las instituciones públicas debe ser el mayor goce de los derechos humanos por parte de los individuos.[4]

La trilogía entre derechos humanos, democracia y desarrollo que es sustentada por la Conferencia Mundial de Viena,[5] es una manera muy clara de zanjar la cuestión ya que en ella se afirma categóricamente la relevancia que tienen los derechos humanos dentro de las formas (democracia) y fines (desarrollo) del Estado y, en donde, estos derechos deben ser un componente integral que debe permear toda la estructura y acciones del Estado.

b) El Estado de Derechos

El reconocimiento de los derechos humanos dentro de la estructura del Estado de Derecho ha escalado y avanzado tanto en su conceptualización como en su juridificación.

[4] En suma, el desarrollo humano es esencial para hacer realidad los derechos humanos, y los derechos humanos son esenciales para el pleno desarrollo humano, *cfr.* PNUD (2000) *Informe sobre Desarrollo Humano 2000. Derechos humanos y desarrollo humano: en pro de la libertad y la solidaridad*. Citado el 21 de septiembre, 2012. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2000_ch5_ES.pdf. (2012-09)

[5] *Cfr.* Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, art. 8: http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp (2012-09-24).

Esto demuestra que la vinculación que existe entre ambas realidades —Estado y Derechos Humanos— si bien estaba ínsita en su mismo origen, no siempre ha estado presente en la realidad operativa práctica de las insituciones del Estado.

Una de las manifestaciones de esta reconceptualización del Estado orientado a la protección de los derechos humanos es la acuñación de una nueva terminología para pasar de hablar del Estado de Derecho al Estado de Derechos. Este cambio puede ser observado y analizado en el desarrollo de los textos constitucionales más recientes. Tal es el caso de la Constitución de Ecuador y de República Dominicana.

El artículo 1° de la Constitución de Ecuador establece:

> Artículo. 1. El Ecuador es un Estado constitucional *de derechos* y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.
> La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Por su parte el artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana señala:

> Artículo 8. Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los *derechos de la persona humana* y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas...

Como puede apreciarse no se trata simplemente de un cambio semántico sino de la incorporación de un nuevo concepto de protección de derechos humanos no sólo como una disposición constitucional sino como principio general de todo sistema constitucional. Como bien lo afirma Ávila Santamaría (2009) la utilización del término Estado de Derechos en la Constitución del Ecuador no significa solamente que se añada una (s) a una palabra de 8 letras, es un cambio sustantivo del modo en que debe operar todo el sistema jurídico:

> (...) al decir que el estado es de derechos se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no solamente la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas.[6]

Desde nuestro punto de vista el movimiento del Estado de Derecho hacia el Estado de Derechos muy posiblemente se fortalezca y expanda, de forma que obligadamente deberá acompañarse de un trabajo paralelo, doctrinal y jurisprudencial, que le dé respaldo. Las implicaciones de este cambio son aún difíciles de vislumbrar pero marcan un cambio estructural en el sistema jurídico del Estado moderno.

Otra de las formas de explicar este cambio de tendencia hacia los derechos humanos, se observa en el planteamiento del llamado neoconstitucionalismo, conforme al cual

[6] Ávila Santamaría, Ramiro, *Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 15° año, Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009, p. 791.

existe una cambio cualitativo entre el constitucionalismo tradicional y el que ha surgido después de la posguerra y evolucionado hasta los albores del siglo XXI. Este "nuevo constitucionalismo" no es simplemente un sistema anterior evolucionado, sino un sistema renovado, con elementos nuevos. Dentro de estos, señala Carbonell,[7] está la orientación hacia la protección de derechos humanos como su nota principal, de la cual inclusive derivan otras.

> En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiado también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximación de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irridación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la Drittwirkung), el principio pro personae, etcétera.[8]

Aunque dicho proceso data de la segunda mitad del siglo XX, este ha sido gradual y ha tenido distintas formas de presentación, pues dependiendo de las circunstancias de cada sistema jurídico, se puede considerar como un movimiento único de carácter transnacional. En el caso de México, este cambio ha sido de los postreros ya que se verifica en la reforma que se llevó a cabo en su Constitución en el mes de junio de 2011. A través de esta reforma se modificó de manera integral el sistema de reconocimien-

[7] Para mayor conocimiento sobre el tema se recomienda Carbonell, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos Escogidos*, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 2007.

[8] *Idem*, p. 10.

to y protección de los derechos humanos, incluyendo el cambio de terminología, ya que antes el texto constitucional hablaba de *garantías individuales* y ahora se utiliza el de *derechos humanos*. De esta forma se da rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos y se incorporan explícitamente los principios de interpretación conforme y el principio *pro persona* como reglas de interpretación constitucional.[9] Aunque se trata de una reforma reciente, que se encuentra en su proceso inicial de implementación; ya pueden vislumbrarse los cambios que conllevará en el contexto de este proceso mundial.[10]

c) Deben fortalecerse los mecanismos para la protección de derechos humanos

La reiteración que implícitamente se contiene en este movimiento, sobre el punto de la orientación que deben adoptar los textos constitucionales como instrumentos para la protección de derechos humanos, deberá traer aparejada igualmente la generación de mecanismos que permitan llevar esto a la práctica. Estos mecanismos deben ser por naturaleza jurídicos, pero no deben incluirse sólo a los jurisdiccionales, ya que la protección de derechos huma-

[9] Se ha señalado que esta reforma supone un cambio paradigmático en el sistema jurídico mexicano. Su análisis es aún inicial pero pueden encontrarse importantes referencias en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coordinadores), Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Suprema Corte de Justicia de la Nación, julio de 2012, también se recomienda García Ramírez, Sergio, Morales Sánchez, Julieta, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, Ed. Porrúa, México, 2011.

[10] A este respecto debe citarse una importante resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Consulta Varios 912/2010* (sesiones del 11 y 12 de julio de 2011) en la que se resolvió, tomando como marco el texto de la nueva reforma constitucional, la obligación de todos los jueces de realizar un control de constitucionalidad difuso de manera oficiosa, con lo que se cambió la interpretación seguida hasta esa fecha.

nos es el fin de todo el sistema jurídico y no solamente de una de las vías en particular. La protección y, en general, el respeto a los derechos humanos, debe concebirse como resultado general de todo el sistema jurídico, en el que se interrelacionan los medios jurisdiccionales, no jurisdiccionales, preventivos, de índole político, entre otros.

De esa manera, visto como sistema integral, el ordenamiento jurídico en su conjunto está orientado a dar cumplimiento a los derechos humanos; ya que ninguna de sus ramas escapa a esta finalidad. El derecho público y el privado, igualmente, tienen como mandato inherente, conseguir el mayor respeto a los derechos humanos. Lo mismo se puede decir de cada una de sus ramas y subramas. En el caso que nos interesa, que es el del Derecho Administrativo, la afirmación se puede sostener con un argumento añadido y es la rama dentro de todo el sistema jurídico, que regula la actividad del mayor número de autoridades, que son los sujetos potenciales de cometer violaciones a derechos humanos y, por ende, está obligada a regular el modo en que estas instituciones deben salvaguardar dichos derechos en su actividad cotidiana.

d) El derecho administrativo debe fungir como un ámbito privilegiado de protección a derechos humanos

Recordemos que conforme al sistema actual, por regla general, el respeto a los derechos humanos implica una relación bipolar entre dos partes, la autoridad y los individuos, de aquí que sea en el ámbito del derecho público donde se verifican el mayor número de relaciones jurídicas que involucran a los derechos humanos. Por ende, desde esta perspectiva el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo deben ser ámbitos privilegiados para el respeto y protección de los derechos humanos.

En el caso del presente ensayo nos interesa enfatizar esto respecto al campo del Derecho Administrativo, el cual se ha mantenido en sus planteamientos doctrinales, al menos en contextos jurídicos como el mexicano, particularmente alejado del ámbito de los derechos humanos.

En este punto específico se da una particularidad digna de mencionarse y sobre la cual abundaremos más adelante. Se trata de la orientación real que ha tenido el organismo constitucional autónomo, encargado de la protección de los derechos humanos y que viene a ser la traslación del ombudsman sueco a nuestro sistema jurídico. A pesar de que según la norma constitucional —artículo 102, b)— la Comisión Nacional de los Derechos Humanos debe atender violaciones a derechos humanos derivadas de la actividad administrativa. Al respecto cabe mencionar que durante sus veintidós años de existencia, su atención a los distintos campos de la actividad administrativa ha sido muy reducida y, primordialmente, se ha centrado en las áreas que tienen que ver con la protección de los derechos a la seguridad, al debido proceso, a la situación de las cárceles y a la atención de violaciones como la tortura, detenciones arbitrarias o la negligencia médica, dejando de lado el resto de toda la ancha actividad administrativa. Esta realidad se deriva de un conjunto de causas, tanto jurídicas como culturales, que sin duda es necesario entender para poder plantear soluciones concretas que amplíen el ámbito de protección real que realiza este organismo y así fortalecer la defensa de los derechos humanos desde la palestra del Derecho Administrativo.

En conclusión, podemos afirmar que el sistema jurídico ha sufrido una transformación para reorientarse a la protección de los derechos humanos y esto implica una serie de cambios en cada una de las áreas o ramas del or-

denamiento jurídico. Se trata de una evolución integral que impacta desde los principios básicos hasta los medios más concretos de aplicación. El proceso se encuentra en permanente cambio y presenta muchas variedades en cada lugar o sistema en particular, sin embargo, no debe olvidarse que este se constituye en un movimiento de carácter internacional. En el caso del Derecho Administrativo esto es y debe ser una realidad, ya que esta rama del Derecho, por las partes que involucra y por sus ámbitos de aplicación debe ser un espacio privilegiado para la protección de los derechos humanos.

3. La institución de la responsabilidad administrativa como mecanismo para la protección de los derechos humanos

a) El Derecho Administrativo como instrumento jurídico para la prevención, protección y reparación de derechos humanos

Siguiendo con nuestra línea argumentativa respecto a que el Derecho Administrativo es un ámbito idóneo y muy necesario para lograr la efectiva protección de los derechos humanos a través del sistema jurídico, es necesario adentrarse en cada una de sus partes y ver cómo se puede materializar este objetivo. Una de estas es la parte central de este ensayo que es la de la responsabilidad administrativa. No obstante, antes de entrar de lleno al análisis de esta institución y sus posibles relaciones con la protección de los derechos humanos, es necesario tener una visión más amplia de la relación entre el Derecho Administrativo y la protección de los derechos fundamentales.

Comenzando por los principios básicos de esta rama del Derecho, encontramos que existe una relación esencial

con los derechos humanos, ya que el sentido último del Derecho Administrativo es la protección de los derechos de los particulares frente a la actividad del Estado.[11] Sobre ello cabe mencionar que si bien no todos los derechos que se protegen mediante las reglas del Derecho Administrativo son directamente derechos humanos, si tomamos en cuenta sus posibles impactos indirectos en derechos humanos específicos o bien las condiciones favorables que puede generarse para el goce y ejercicio de estos derechos si se cuidan de manera sistemática los derechos de los particulares, tenemos que coincidir en que existe una relación esencial con los derechos humanos. Por tanto se debe de considerar que, en su conjunto y entendido como sistema,[12] el Derecho Administrativo impulsa el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

Esto no es solamente un planteamiento teórico sino que en la realidad está transformando ya al Derecho Administrativo. Es conveniente señalar que el impacto que han tenido los derechos humanos en el ámbito del Derecho Administrativo ha modificado inclusive su estructuración dando pie a que este se organice en torno a los diferentes derechos que protege o respeta y no, como tradicionalmente se hacía, conforme a las formas de organización o a los actos jurídicos de la administración pública.

---

[11] Con especial claridad presenta este postulado García de Enterría a lo largo de su texto jurídico-administrativo, señalando que la autoridad administrativa no sólo queda vinculada por el respeto a las libertades fundamentales, sino que tiene el deber de promover las condiciones para asegurar la efectividad de estos derechos y "remover todas las dificultades que impidan o dificulten su plenitud". *Cfr.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1999, Tomo II, p. 62.

[12] Este es el enfoque que adopta el análisis de Shmidt-Assan al analizar entre otros temas el impulso de los derechos humanos en el Derecho Administrativo. Esta opinión se puede encontrar en su obra *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2003.

De manera concreta, al decir de Schmidt-Assman, se pueden clasificar en tres los ámbitos —él les llama dimensiones— del Derecho Administrativo, que tienen especial relevancia para la protección de derechos humanos: *a*) la dimensión de los derechos fundamentales como derechos de defensa; *b*) la dimensión de los derechos fundamentales como mandatos de protección y *c*) otras dimensiones de los derechos fundamentales, dentro de las que menciona: *c.1*) la faceta prestacional de los derechos fundamentales, *c.2*) la faceta procedimental y *c.3*) la faceta jurídico-organizativa.[13]

Este enfoque de derechos que se puede adoptar para la estructuración del Derecho Administrativo no dista mucho de lo que se ha presentado tradicionalmente, sin embargo, resulta útil para resaltar algunos aspectos que son especialmente aptos para el desarrollo de los mecanismos de protección de derechos. Dentro de esos podemos mencionar a la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, la cual tiene especial reverberación en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que tienen precisamente esta nota prestacional en su definición. Podríamos encontrar una importante relación entre la amplia gama de disposiciones sobre los servicios públicos en el Derecho Administrativo con el goce y ejercicio de los DESC.

En cuanto a la dimensión procedimental si bien, como lo reconoce el mismo autor, *los derechos fundamentales no imponen un modelo de procedimiento donde lo principal sea una vasta dedicación de medios administrativos,*[14] existen un sinnúmero de impactos en los derechos fundamentales derivado de las reglas procedimentales, ya sea en los plazos, normas

[13] Schmidt-Assan, Eberhard, *op. cit.*, pp. 72 y ss.
[14] Schmidt-Assan, Eberhard, *op. cit.* p. 77.

de preclusión, cargas de actuación, entre otros. Tan solo recordemos que el mismo procedimiento administrativo es considerado una garantía de audiencia por la doctrina y la jurisprudencia mexicana.[15]

Finalmente, siguiendo con la explicación de las dimensiones expuestas por Schmidt-Assman, la dimensión jurídico administrativa presenta un interesante enfoque sobre la funcionalidad de los cuerpos de la administración pública y su repercusión en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. Aquí tienen especial importancia las aportaciones de la ciencia organizativa y se requiere de una adecuación de la tradicional perspectiva competencial de la organización a una en donde se busque la adecuación del *derecho de organización*[16] a los derechos fundamentales.

Con lo dicho hasta ahora, es claro que los derechos fundamentales llevan a cabo una importante transformación en el Derecho Administrativo y que este cambio fortalece al Derecho Administrativo como instrumento jurídico para la prevención, protección y reparación de derechos humanos. Como lo concluye el autor al que venimos siguiendo:

> Los derechos fundamentales han aportado al Derecho Administrativo una especial sensibilización en relación a las consecuencias de la actuación pública. Así a la tradicional preocupación por las formas de la actuación administrativa se suma ahora el interés por las consecuencias de aquella actuación.[17]

Esta transformación es tan fuerte que nos podría permitir hablar de una transición del formalismo administrativo clásico a una humanización del Derecho Adminis-

[15] Consultar por ejemplo [TA]; 8a. Época; Pleno; *Gaceta* S.J.F.; 86-2, Febrero de 1995; Pág. 20.
[16] Así le llama Schmidt-Assan, *op. cit.* p. 78.
[17] *Idem.*

trativo. Esto es a lo que se le llama actualmente la *vis expansiva de los derechos fundamentales.*

Otro enfoque que sirve para entender el potencial impacto que tienen los derechos humanos en el Derecho Administrativo es a través del planteamiento del esquema para el estudio de esta rama del Derecho, según las formas en que la autoridad debe cumplir con su obligación genérica de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos. Así por ejemplo, siguiendo el texto de la Constitución mexicana en su artículo 1°, las autoridades deben, *promover, respetar, proteger y garantizar* y, en caso de violaciones, *reparar.* Este elenco de obligaciones nos permite visualizar todas las posibles implicaciones que puede tener para el derecho administrativo la realización de los derechos humanos.

Una de especial relevancia, en la que nos detendremos brevemente, es en la de promover los derechos humanos, ya que en un esquema de estricta legalidad suele perderse de vista, sin embargo, actualmente resulta de vital importancia para lograr un verdadero goce de los derechos humanos. La promoción de estos derechos nos lleva inmediatamente a deducir la obligación de generar políticas públicas para lograr dicha satisfacción y, por ende, la obligación de que existan los mecanismos, regulaciones, procedimientos de consulta, planeación, de evaluación y seguimiento para la creación de dicha política pública y su implementación; bajo esta perspectiva corresponde al Derecho Administrativo crear los órganos, procedimientos y facultades para la realización de esta tarea.

Como se puede observar la transformación del Derecho Administrativo por la influencia de los derechos humanos significa una ampliación y una profundización en sus tareas y objetivos.

Otro de los capítulos más importantes del Derecho Administrativo para la protección y defensa de los derechos

humanos, es el concerniente a la responsabilidad administrativa como mecanismo para lograr que los servidores públicos cumplan con sus obligaciones, dentro de las que se encuentran la de respetar derechos humanos al realizar sus actividades específicas. Este es también un campo fundamental para cumplir con las reparaciones a violaciones a derechos humanos, las cuales implican, entre otras cosas, la aplicación de sanciones a los responsables. Por ello encontramos que existe una gran vinculación entre la institución de la responsabilidad administrativa y la protección a derechos humanos, la cual será materia del siguiente apartado.

Para concluir este punto queremos señalar una última perspectiva muy interesante, sobre cómo se ha ido moviendo la orientación del Derecho Administrativo en razón del impulso que recibe de los derechos humanos. Se trata de la necesidad que existe de que la autoridad administrativa proteja a los individuos de las violaciones a derechos humanos procedentes de otros actores no estatales, como, por ejemplo, los del crimen organizado. En opinión de Sainz Moreno (2005) esta es una de las nuevas facetas de la actividad administrativa que debe suponer una transformación de las capacidades y, en general, del enfoque con que se debe estructurar la relación entre Estado-individuo-derechos humanos.[18]

b) El papel de la responsabilidad administrativa como medio para sancionar violaciones a derechos humanos

Una de las instituciones propias del Estado de Derecho, con la cual se consigue garantizar el principio de legalidad,

[18] Sainz Moreno, Fernando, *El Valor de la Administración Pública en la Sociedad Actual*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2005, pp. 111 y ss.

es la de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, conforme a ella se logra solventar la falta de cumplimiento de las obligaciones que el Estado comete a través de sus funcionarios.

Esta responsabilidad tiene características propias y una naturaleza que la distingue de otro tipo de responsabilidades como la política, civil o penal.[19] En el caso de la responsabilidad administrativa esta se encuentra vinculada esencialmente con su finalidad, que es la de lograr la mayor eficiencia en el servicio público, por lo cual sus sanciones están dirigidas a la destitución y/o la inhabilitación del servidor público. De forma tal, que cuando se presente un incumplimiento que tenga suficiente entidad, el funcionario que no ha sido eficiente, debe quedar separado de su encargo.

La indemnización en el caso de responsabilidad administrativa es un elemento adicional que al no ser parte del objetivo señalado, sólo procede de manera excepcional, ya que ésta deriva de otra institución que es la de la responsabilidad civil o patrimonial del Estado.

Con estos breves planteamientos puede visualizarse cómo la responsabilidad administrativa puede desempeñarse como un elemento de protección de derechos humanos. Hay que tomar en consideración que las exigencias de derechos humanos trascienden los estándares de legalidad formal y, en ese sentido, se pueden considerar integrantes de una legalidad sustancial o material. Tal es

[19] Independientemente de las características propias de cada sistema jurídico y de los ordenamientos que regulan las responsabilidades de servidores públicos, la diferencia de naturaleza en cada una de las distintas responsabilidades permite diferenciar el tipo de sanciones que les corresponden. En el caso del juicio político no hace falta la comisión de un delito, sino que basta que se cometan hechos graves a juicio de las cámaras de representantes. *Cfr.* al respecto a Carrillo Flores, Antonio, *Responsabilidad de los Altos Funcionarios de la Federación*, UNAM, México, 1987, p. 156.

el caso de las exigencias de razonabilidad, equidad, oportunidad que están implícitas en una exigencia de derechos humanos, pero que no se deducen de un planteamiento de estricta legalidad.

En el caso de la responsabilidad administrativa se hace especialmente claro además el efecto preventivo que puede tener esta institución para las violaciones a los derechos humanos, particularmente cuando se logra la remoción del funcionario responsable.

La vinculación que existe entre la institución de la responsabilidad administrativa y la protección a derechos humanos, aunque procede de su misma naturaleza, se refuerza enormemente cuando se hace explícito el respeto a estos derechos y a algunos de sus supuestos más importantes, al establecer las obligaciones a las que se encuentran vinculados los servidores públicos.

Un capítulo especial de esta vinculación se materializa en la actuación de los *ombudsman* como organismos defensores de derechos humanos y, a la vez, vigilantes de la funcionalidad de la actividad administrativa. La confluencia de ambas funciones, dónde esto se da así, permite una protección simultánea del principio de legalidad y la protección de derechos humanos, sobre el que vale la pena profundizar, lo que haremos en un apartado posterior.

c) Aspectos de la legislación mexicana para sancionar violaciones a derechos humanos a través del régimen de responsabilidad administrativa

En términos generales, el sistema jurídico mexicano contempla dentro de la regulación de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, la posibilidad de que con motivo de la misma, un servidor público sea sancio-

nado o inhabilitado y, complementariamente, si de dicha acción u omisión surgiera un daño este deberá resarcirse a través de la vía de la responsabilidad patrimonial de Estado, conforme a la cual el Estado es responsable de manera directa y objetiva, existiendo el derecho de repetir contra el servidor público para que sufrague los daños causados. Así pues existen dos mecanismos, y dos ordenamientos específicos, para hacer efectivas las responsabilidades en materia de derechos humanos, la vía de la responsabilidad administrativa del servidor público y la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La aplicación de la responsabilidad administrativa está a cargo de una instancia administrativa que funciona dentro de la Administración Pública Federal y es la encargada de vigilar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP). Esta instancia tiene nivel de Secretaría de Estado y está encargada de la vigilancia o contraloría así como del desarrollo de la función pública.

La ley es de ámbito federal, es decir que obliga a las autoridades federales pero no a las locales, e incluye dentro de su campo de aplicación todas las obligaciones derivadas del cargo público. Se aplica solamente para los funcionarios que no tienen responsabilidad política que son los de mayor jerarquía.

Como mencionamos, la regulación respecto de las indemnizaciones que pueden derivarse de una falta administrativa se contemplan en la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LRPE); en ella se da tratamiento unificado a todas las posibles indemnizaciones, tanto aquellas que derivan de una culpa como aquellas que no tienen un responsable identificable. En el caso de las responsabilidades por conductas penales o delitos, estas se regulan en las leyes penales específicas, aún cuando algunas podrían llegar a considerarse incluidas en los supuestos de la LRPE, ya que la base sobre el que opera esta ley es que se trate de actos que generen un daño por una actividad *irregular de la Administración*, dentro de lo que se puede contemplar tanto las actividades ilícitas como las lícitas.

Cabe señalar que la LRPE es reciente, pues entró en vigor en el año 2005 y aún tiene poca aplicación. Queda aún otra pieza que mencionar y es la relativa a la indemnización por violaciones a derechos humanos, a este respecto el sistema es aún poco claro. Por un lado la LFRASP no lo contempla, salvo en el tema de las sanciones pecuniarias, a los servidores públicos. La LRPE hace mención a que sus disposiciones son aplicables para las indemnizaciones que hayan sido decretadas por los organismos protectores de derechos humanos, tanto los nacionales como los internacionales,[20] y finalmente, derivado de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos se señaló que debía expedirse una ley que regulara —integralmente— la obligación de reparación en el caso de violación a derechos humanos. Esta última ley no ha sido expedida.[21]

[20] Para facilitar su consulta, citamos el artículo textual:
Artículo 2.
...
Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana. de Derechos Humanos, aceptadas por los entes públicos federales y por el Estado Mexicano en su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones.

[21] El artículo 1º de la Constitución mexicana, en su parte conducente señala:
"Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indi-

Como puede observarse se trata de un sistema en definición y en proceso de integración, en el cual hay una pieza faltante que le permita terminar de dar armonía. Hacemos mención a este punto ya que en términos de protección a derechos humanos el tema de la reparación es parte integrante de las obligaciones que tienen las autoridades.

El organismo constitucional encargado de la protección de los derechos humanos se denomina Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y es un organismo autónomo con capacidad para vigilar toda la actuación de la administración pública y de emitir recomendaciones en caso de violaciones a derechos humanos derivadas de la actividad administrativa. Recientemente amplió su campo de acción, por reforma constitucional, a la materia laboral que estaba constitucionalmente excluida. Las resoluciones que emite este organismo, siguiendo el modelo de los sistemas no jurisdiccionales de protección de derechos humanos, se denominan recomendaciones, las cuales pueden ser o no aceptadas por las autoridades.

En la práctica, las áreas de actividad administrativa en las que la CNDH tiene mayor intervención son las de la materia de seguridad, materia penitenciaria, las problemáticas con autoridades migratorias, las irregularidades en materia de salud y en materia de suministro eléctrico. En fechas recientes han tomado mucha importancia algunas recomendaciones en materia de infraestructura hidráulica debido a algunas inundaciones de graves consecuencias ocurridas en zonas del sur del territorio. A pesar de que el campo de observación y de sanción por parte de la CNDH puede referirse a toda la actividad administrativa, aún per-

visibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley."

siste una excesiva focalización en los temas de seguridad y salud.[22]

Más allá de los ámbitos de actuación, el tema más importante para valorar el desempeño de esta institución en el ámbito de la protección de los derechos humanos por responsabilidades administrativas, se centra en los mínimos índices de aplicación de las sanciones administrativas que se incluyen en sus recomendaciones, a lo que nos referiremos más adelante.

De cualquier manera, y a guisa de conclusión de este apartado, podemos reiterar que las violaciones a derechos humanos pueden coincidir muchas veces con responsabilidades administrativas de servidores públicos, por lo cual se hace muy necesario que la regulación en materia de responsabilidades administrativas y responsabilidad patrimonial del Estado se fortalezca en nuestro país.

4. El sistema ombudsman y la responsabilidad administrativa en caso de violaciones a derechos humanos

Por su origen (Suecia, 1809) y por naturaleza, los ombudsman, dentro de los que identificamos a los organismos no jurisdiccionales protectores de derechos humanos, son órganos competentes para conocer, entre otros asuntos, de las violaciones a derechos humanos llevadas a cabo por las autoridades administrativas. Lo que nos interesa analizar en este apartado es si esa competencia resulta, en la práctica jurídica, un mecanismo idóneo y, si no lo es, identificar

[22] Para soporte de esta afirmación puede consultarse el informe de actividades 2011, presentado por la institución en febrero de 2012. http://www.cndh.org.mx/Informes_Actividades (2012-09-24)

cuáles son las alternativas que se pueden plantear a este respecto.

a) Idoneidad de los procedimientos administrativos para sancionar y prevenir violaciones a derechos humanos

Aunque hemos afirmado que la responsabilidad administrativa es una institución que por naturaleza sirve para la protección de derechos humanos, requerimos detenernos en un punto específico a este respecto, para preguntarnos si las vías de los procedimientos administrativos de sanción resultan realmente eficaces en la práctica.

Insistiendo en el punto de que una violación a derechos humanos conlleva siempre una responsabilidad ya sea penal, administrativa o civil, resulta lógico que se vinculen los procedimientos de responsabilidad de derechos humanos con las vías administrativa, penal o civil.

En el caso de la CNDH y el sistema mexicano, desde su origen las recomendaciones de la CNDH incluyeron solicitudes a las autoridades administrativas para que se iniciara un procedimiento de responsabilidad administrativa. Esto suponía —y ocurre también en la actualidad— que los procedimientos de derechos humanos y el de responsabilidad administrativa se superponían y, dicho de alguna manera, lo actuado frente la CNDH no prejuzgaba de lo que llegase a conocer la autoridad administrativa. De esa forma podemos observar que se trata de dos procedimientos separados y que la verdadera sanción por violación a derechos humanos dependerá de lo seguido ante la instancia de responsabilidad o contraloría administrativa.

La razón por la cual el organismo de derechos humanos no decreta ni aplica directamente sanciones es porque su procedimiento no cumple con las exigencias formales

de un proceso administrativo o judicial y, por lo tanto, no se considera que su procedimiento respete la garantía de audiencia señalada en la propia Constitución. Por eso la CNDH sólo puede solicitar que se inicie el procedimiento de responsabilidad administrativa pero no puede decretar la sanción directamente.

Algo similar ocurre con las responsabilidades penales, frente a las cuales el *ombudsman* mexicano tampoco tiene competencia para fincar responsabilidades penales y sólo puede presentar denuncias ante la autoridad ministerial. Por lo tanto, en ambos casos operan los mismos criterios.

El caso mexicano es un buen ejemplo de las dificultades que conlleva lograr la aplicación de las resoluciones de los órganos no jurisdiccionales de protección a derechos humanos, sin embargo, éste es sólo un aspecto de lo que significa investigar, procesar y sancionar a un servidor público por violaciones a derechos humanos como un mecanismo *per se,* independientemente de lo que ocurra con la eficacia de los procedimientos ante los *ombudsman*.

Más allá de los hallazgos que podamos encontrar en la vinculación real que pueda existir entre ambas instituciones, existe una razón de conveniencia fundamental, frente a la que no se sostienen las objeciones: defender los derechos humanos fundamentales por una vía aislada fuera del sistema integral, es garantía de que se obtendrá poca efectividad. Precisamente el riesgo que se quiere evitar es que se dé un tratamiento separado, independiente, entre ambas instituciones: la defensa de los derechos humanos y la responsabilidad administrativa. La razón por la que hemos iniciado este ensayo explicando la centralidad que tiene la defensa de los derechos humanos en el sistema jurídico es precisamente para resaltar la importancia de que se mantenga la unidad dentro del sistema de protección de

derechos humanos. De otra forma se pierde inevitablemente eficacia.

No hay razón para desvincular el procedimiento de responsabilidad administrativa de los procedimientos de defensa de derechos humanos, no existe razón ni teórica, ni práctica. La responsabilidad administrativa es una vía idónea para la defensa de estos derechos y, por lo tanto, resulta plausible que en la legislación se haga más visible la procedencia de esta vía en los supuestos de violaciones a derechos humanos, siendo una de las causales más graves que, ciertamente, ameritaría de las sanciones más radicales. Añadido a lo anterior y, en el caso que existiera un sistema no jurisdiccional de protección a derechos humanos, este debe integrarse como una pieza más en todo el sistema de protección de derechos humanos. Los detalles de esta vinculación los analizaremos en el siguiente apartado.

b) Capacidad de los órganos no jurisdiccionales para sancionar responsabilidades administrativas

La otra cara de la moneda de este análisis, es la capacidad natural que puede tener un organismo no jurisdiccional, cuya competencia es la protección de derechos humanos, para accionar —hasta sus últimas consecuencias— el sistema de responsabilidades administrativas.

Para que esto funcione se necesitan las siguientes condiciones:

1. Una incorporación explícita de la obligación de respetar los derechos humanos de los particulares por parte de las autoridades administrativas. A este respecto no existe ninguna objeción para que se establezca esta mención expresa dentro de las obligaciones que les corresponden a los servidores o funcionarios públicos, tomando en cuenta que, a pesar de que no en todas sus actividades afectan a los derechos humanos, hay una estrecha relación entre la actividad administrativa y el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.
2. La competencia de estos órganos para conocer de faltas administrativas desde el punto de vista material y no solo formal, es decir que deben tener la facultad para revisar la actividad administrativa y no solamente la actividad de los órganos administrativos.
3. Facultar a los órganos no jurisdiccionales para presentar quejas o denuncias formales ante las instancias encargadas de sancionar a los servidores públicos, que accionen el procedimiento de investigación y sanción.
4. Establecer mecanismos jurídicos conforme a los cuales el órgano no jurisdiccional pueda exigir cuentas y dar seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones frente a las autoridades administrativas, así como crear fórmulas de presión, política y jurídica, para que ante un incumplimiento de una recomendación pueda existir una consecuencia objetiva.

Como puede observarse uno de los puntos medulares para la eficacia de la actuación de los órganos no jurisdiccionales en la promoción de la responsabilidad administrativa se encuentra precisamente en la capacidad general de hacer cumplir sus determinaciones. Por naturaleza propia, desde sus primeras expresiones, los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos, que fueron los ombudsman, han tenido como característica funda-

mental la emisión de resoluciones que no tienen el carácter de resolución jurisdiccional y su fuerza se basa en su autoridad moral y en la independencia con la que actúan.[23] Esta condición distingue a estos órganos de cualquier otra instancia o vía jurisdiccional. Excepcionalmente algunos tienen facultades de sanción o de destitución, pero sólo de manera extraordinaria y vinculada normalmente a la actuación de otra autoridad.[24]

A propósito no hemos incluido, en las condiciones para la eficacia de estos órganos al promover las sanciones administrativas, la de dotar de vinculatoriedad a sus resoluciones, porque consideramos que esta modificación desvirtuaría totalmente su naturaleza y le haría perder, paradójicamente, la capacidad de ser un verdadero defensor de los intereses de los particulares.

Nuestra posición consiste en afirmar que si se cumplen estas cuatro condiciones, los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos podrán contribuir como mecanismos eficaces para realizar una verdadera labor de control de la administración pública a través de la responsabilidad administrativa.

[23] Para Hamdan Amad, el *Ombudsman* tiene su fuerza fundada en sus facultades no jurisdiccionales, como el uso de los medios de comunicación, o teniendo la facultad de pedir la rectificación en un procedimiento sumarísimo. La facultad de destitución es excepcional y sólo se aplica en algunos casos a funcionarios de mediano nivel. Hamdan Amad, Fauzi, *Notas sobre la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, México, 2002, H. Cámara de Senadores, p. 142.

[24] Tal es el caso por ejemplo del *ombudsman* australiano que pueden ir desde multas, reconvenciones o la imposición de actividades de capacitación. Lo mismo se interpreta en el caso de Filipinas, *cfr.* http://sc.judiciary.gov.ph/publications/benchmark/2010/11/111010.php.

c) La evolución de los ombudsman y de los organismos no jurisdiccionales de protección a derechos humanos

La gran variedad de órganos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos derivados de la actuación de la actividad administrativa es tan amplio, que ya resulta difícil poder hablar de un solo género. De hecho en todo caso el término que mejor engloba a todas estas expresiones institucionales es la de *ombudsman*.

Existen diferencias en cuanto a su forma de designación, hay importantes variaciones en sus formas de organización interna, sin embargo, el punto más relevante de diferenciación es el referente a sus ámbitos de competencia. Se percibe una división clara entre los órganos que son competentes para la vigilancia de la actividad administrativa y la de los que se avocan a la defensa de los derechos humanos. Esto es tan claro que por momentos pareciera que en realidad deberíamos estar hablando ya de dos tipos de órganos, los defensores de derechos humanos y los de la legalidad administrativa. Tal es la opinión de Vázquez Alfaro, quien al percibir esta bifurcación señala:

> Dada la enorme variedad de *ombudsman*, podríamos afirmar que no todos ellos tienen por vocación la protección de los derechos humanos, aunque sí protegen los derechos de los administrados; sin embargo, el modelo administrativo del *ombudsman* ha servido de ejemplo en materia de protección de los derechos humanos. Es a este título, y desde el punto de vista de la técnica "administrativa", que las instituciones... merecen ser estudiadas en conjunto.[25]

Desde nuestro punto de vista esto no es sostenible ya que la diferenciación material entre los supuestos de vio-

[25] Vázquez Alfaro, José Luis, *El Control de la Administración Pública en México*, UNAM, México 1996, p. 90.

lación a derechos humanos y los de control de legalidad no resulta tan diáfana y, por lo tanto, siempre encontraremos puntos de coincidencia. Por otro lado, la misma ampliación que han tenido los alcances de los derechos humanos en todo el sistema jurídico —incluyendo el administrativo— obliga a que todos los órganos de vigilancia incorporen los principios de derechos humanos en su actuación. De esta forma consideramos que seguir el camino de la separación entre *ombudsman* y los órganos protectores de derechos humanos no corresponde al origen común de las instituciones, ni a la tendencia garantista que se puede advertir en la evolución de las instituciones.

En el caso mexicano, del que nos ocuparemos en la última parte de este ensayo, podemos detectar que en la CNDH confluyen ambas competencias.

No obstante, sí podemos observar que la especificación característica de cada uno de estos órganos termina obedeciendo a las necesidades concretas de protección que se experimentan en cada sistema.

Debido a ello, de modo general, se podría señalar una línea de evolución o de tendencia evolutiva de estos órganos que se manifiesta en los siguiente:

a) Una primera tendencia es aquella en la que estos órganos se ocupan con mayor o menor medida de las violaciones a derechos humanos, según sea la gravedad de la situación que se viva. Por ejemplo, resulta totalmente justificado que si en determinados lugares se viven problemáticas de tortura, detenciones arbitrarias, etcétera, esto ocupe la mayor atención de los órganos de vigilancia y control de la administración pública. Conforme se superan estas cuestiones de carácter urgente, la atención puede moverse a otras temáticas.

b) Una segunda tendencia que se puede señalar es la de la especialización, que se manifiesta fundamentalmente en que la competencia llega de manera más focalizada a áreas especializadas de la actividad administrativa. Tal es el caso de Suecia donde existen tres *ombudsman*, o el de UK donde los *ombudsman* se avocan a las problemáticas de servicios de salud, sistema financiero, etcétera.[26]

c) Finalmente una tercera tendencia —muy cercana a la anterior— es la descentralización territorial que siguen estos sistemas o instituciones. Nos parece que esto obedece, al igual que las anteriores, a los diversos avances que va logrando el sistema y que permiten —a la vez que obligan— atender cuestiones más focalizadas territorialmente.

5. La responsabilidad administrativa por violaciones a derechos humanos en México

Finalmente queremos en esta parte terminal del ensayo, hacer un recuento de las afirmaciones hechas y proponer algunas conclusiones, así como intentar una propuesta de mejoramiento al sistema de protección de derechos humanos en México, a través de los mecanismos de responsabilidad administrativa.

Conclusiones y propuestas: A modo de conclusiones cabría decir primeramente que la protección a derechos humanos es una tarea encomendada a todas las ramas del De-

[26] *Cfr.* el análisis sobre el *ombudsman* en Fix Zamudio, Héctor y, Valencia Carmona, Salvador, en *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Ed. Porrúa, México, 2009, pp. 409 y ss.

recho, incluida la del Derecho Administrativo y que este postulado no debe entenderse como un referente teórico sino que debe tener implicaciones prácticas en el modo como se regula la actividad de la administración pública.

Desde esta perspectiva toma especial sentido la afirmación de que el Derecho Administrativo debe proteger los derechos de los particulares, como objetivo central de esta parte del ordenamiento jurídico, por dos motivos fundamentales. Primeramente porque hasta ahora el Derecho Administrativo ha estado fundamentalmente orientado a mejorar las normas de organización y actuación de la administración pública, bajo la premisa de que si esta se mejora entonces habrá un mayor beneficio para los particulares. La defensa de los derechos de estos ha quedado en el esquema del Derecho Administrativo como un objetivo secundario.

En segundo término es importante recalcarlo, porque es precisamente en el ámbito del Derecho Administrativo donde se suelen verificar el mayor número de afectaciones a los derechos humanos y si su regulación no toma en cuenta este dato fáctico, no podrá lograrse una correcta atención de estas violaciones. La afirmación de que el Derecho Administrativo debe velar por la protección de los derechos humanos implica una obligación amplia de prevención, protección y reparación de derechos.

El reconocimiento de este objetivo central dentro del Derecho Administrativo obedece a un enfoque garantista (propio del movimiento constitucional de los derechos humanos) que impacta actualmente a todas las ramas del Derecho y que ha llevado a una verdadera transformación del sistema jurídico. El cambio que se está produciendo implica un nuevo enfoque integral que podríamos denominar el nuevo Derecho Administrativo *humanista* en

contraste con el clásico Derecho Administrativo formalista o legalista. De esta forma, la preocupación central de las normas de esta rama del Derecho que hasta la fecha se consideraba que se encontraba en hacer prevalecer el principio de legalidad, es decir que las autoridades actuaran *secundum legem*, evoluciona actualmente para presentarse como el principio garantista según el cual las autoridades deben actuar bajo el criterio *pro persona*.

Bajo este postulado toma especial claridad la orientación que tienen algunas ramas del Derecho Administrativo para el logro de este objetivo. En realidad todas las ramas tienen un sentido garantista: las normas organizacionales, las que regulan los servicios públicos, las que establecen la obligación de realizar una tarea de planeación, las que establecen el procedimiento administrativo, etc., son disposiciones plagadas de impactos en materia de derechos humanos. Especial mención tiene, desde esta perspectiva, la institución de la responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa tiene dos capítulos fundamentales: la responsabilidad de los servidores públicos que lleva a la sanción de los funcionarios al cometer una violación a las normas que establecen sus obligaciones activas o pasivas y, de una manera complementaria, la de la responsabilidad patrimonial, conforme a la cual se establecen las reglas de indemnización. En el caso de los derechos humanos, las dos ramas son igualmente esenciales para la correcta salvaguarda de los derechos humanos. En el caso de la responsabilidad de los servidores públicos por la significación que tiene en términos de justicia y combate a la impunidad que significa sancionar a un servidor público cuando ha cometido una violación a estos derechos. En cuanto a la segunda, la responsabilidad patrimonial del Estado, por que es precisamente el medio para ha-

cer valer las obligaciones de reparación que son esenciales para hacer prevalecer la garantía de los derechos humanos.

Bajo esta óptica existe una especial importancia en la tarea que realizan los órganos protectores de derechos humanos que vigilan la actividad administrativa, ya que son, entre otros, los encargados de llevar a la práctica esta vinculación.

Derivado de este marco de conclusiones es obligado referirse a la situación real de cómo esta funcionando esta institución —la de la responsabilidad administrativa— para hacer valer los derechos humanos.

Esta valoración nos corresponde hacerla para el caso del sistema jurídico mexicano. Como ya se advirtió, de manera muy reciente se dio la reforma constitucional que hace un reconocimiento amplio a todos los principios del sistema internacional de derechos humanos, incluyendo la incorporación constitucional de todos las normas internacionales y la de los principios de interpretación y aplicación. Especial mención tiene a este respecto, el párrafo 3º del artículo primero de la Constitución mexicana al cual ya se hizo referencia. Sin embargo, previamente a esta reforma, puede señalarse que la regulación ya contemplaba la obligación de las autoridades administrativas de respetar y proteger los derechos fundamentales y que de manera específica el *ombudsman* nacional, que es la CNDH, tiene dentro de sus atribuciones la de vigilar la actuación administrativa.

Existe un interesante acervo de información sobre lo que ha sido la actuación de la CNDH vigilando la actividad administrativa en los casi veinte años desde su creación y al respecto cabe señalar que hay datos muy significativos sobre la importancia que tiene el seguimiento que hace este organismo sobre las instituciones administrativas,

las cuales configuran un enramado inmenso de órganos y facultades. Existen antecedentes en múltiples materias y diferentes experiencias de cómo la CNDH ha buscado incidir en el mejoramiento de la actuación administrativa.

Sin embargo, y para efectos de lo que nos interesa en este ensayo,uno de los principales datos de diagnóstico que se tiene es la falta de efectividad en sus sanciones administrativas. Este es uno de los *talones de Aquiles* del sistema, ya que por más que las recomendaciones que emita la CNDH sean impecables y fundamentadas, no producen su efecto si no logran la sanción que recomiendan —en el caso que así lo hagan—. Como ya se advirtió estas recomendaciones llegan hasta el punto de señalar las posibles responsabilidades y pedir a las autoridades correspondientes que *inicien* el procedimiento respectivo. Las cifras sobre la efectividad de las recomendaciones en los últimos años señalaban por ejemplo que en los últimos dos años de labores (2010 y 2011) se iniciaron 156 quejas administrativas por incumplimiento de obligaciones de los servidores públicos federales y de esas, sólo en un caso se había llegado a la sanción.[27]

Bajo estas premisas es necesario realizar una revisión del sistema y buscar mecanismos más efectivos de sanción. No es suficiente con argumentar que esto es sólo un signo más de un problema generalizado de impunidad, ya que en el caso concreto de este sistema sí existe una determinación de autoridad y lo que falla es la capacidad y la determinación para hacerla efectiva.

Cabe hacer el señalamiento de que con motivo de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos se hicieron algunos cambios orientados a fortalecer

[27] Información publicada en el Periódico *Reforma*, el 4 de mayo del 2012, nacional@reforma.com.

el mecanismo no jurisdiccional de protección a derechos humanos, dentro de las cuales se estableció la posibilidad de hacer comparecer ante el Senado de la República a los funcionarios cuando una recomendación no haya sido aceptada o cumplida. Se trata de una modificación muy pertinente que sin duda puede ayudar a lograr mayor efectividad en el cumplimiento de las recomendaciones de derechos humanos. Sin embargo es todavía una norma difícil de evaluar en cuanto a su efectividad.

Con base en los anteriores planteamientos lo primero que debe resaltarse es la importancia que tiene considerar que los derechos humanos pueden y deben ser protegidos desde el ámbito de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad patrimonial del Estado y que este es un ámbito privilegiado para dicha protección. El solo hecho de reconocer esta vinculación significa un avance considerable en el modo de integrar bajo un enfoque garantista todo el sistema.

Esta conclusión tiene una premisa base que es la piedra de toque de la vinculación entre los derechos humanos y las instituciones administrativas, particularmente la de responsabilidad de los servidores públicos. La premisa consiste en considerar que las autoridades administrativas están obligadas directamente a respetar y cumplir con los derechos humanos dentro del elenco de sus responsabilidades. Esta afirmación debe incluir la consideración de que los derechos subjetivos incluidos en las leyes administrativas, cuando no sean expresión directa de derechos humanos, tienen al menos una relación esencial. De esta forma debe rechazarse cualquier intento de separación entre la dimensión de los derechos humanos y la dimensión de los derechos subjetivos de carácter administrativo.

En cuanto al análisis de la funcionalidad del sistema es necesario encontrar indicadores sumamente prácticos para poder discernir con realismo, cuál es la situación en que se encuentra este sistema, es decir cuáles son sus índices de efectividad. En el caso del sistema jurídico mexicano, los indicadores señalan que existe un índice muy bajo de efectividad, el cual cuestiona a fondo la funcionalidad de todo el sistema. De aquí que sea necesario buscar nuevas formas que coadyuven a que las sanciones admnistrativas resulten aplicables.

Como parte de estas soluciones se han señalado la importancia que tiene que existan mecanismos al interior de las instituciones protectoras de derechos humanos que den seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones, en lo general y que, de manera particular revisen el cumplimiento de las sanciones administrativas. Resulta obligado que en el caso de que exista un precedente por parte del órgano protector de derechos humanos acerca de una posible violación a estos derechos, esto genere un impulso determinante para la actuación de las autoridades de vigilancia o de contraloría interna.

En el caso del sistema jurídico mexicano esta preocupación se ha traducido por ejemplo en la reestructuración interna de la CNDH, para crear un área avocada al seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones, distinta de las que fueron las encargadas de investigar y emitir las recomendaciones. Esto con el propósito de conseguir una mayor focalización en el porcentaje de cumplimiento de dichas recomendaciones.

Sin embargo esta solución resulta aún precaria si no existe un mecanismo interinstitucional que obligue a la aplicación de las sanciones, una de las opciones para ello es la de obligar que a raíz de una recomendación exista la

posibilidad de hacer comparecer a la autoridad administrativa a que explique las razones de su incumplimiento. De lo que se trata es de elevar los niveles de cumplimiento.

La perspectiva final de este análisis se centra en subrayar la importancia que han de tener los organismos públicos de protección a los particulares por irregularidades de las autoridades administrativas, llamados genéricamente *ombudsman*, en el cumplimiento de los derechos humanos. Su tarea ha de tener una importancia fundamental en la defensa y protección de los llamados DESC pero también puede haber vastos campos de aplicación para la defensa de los derechos civiles y políticos.[28]

Para efectos del sistema de indemnizaciones por violaciones a derechos humanos provocadas por autoridades administrativas resalta la importancia de integrar como un solo sistema la responsabilidad administrativa y la responsabilidad patrimonial del Estado, particularmente cuando se deriva de actividades que provocan una afectación en el goce y ejercicio de los derechos humanos.

La vinculación entre los derechos humanos y el Derecho Administrativo se ha profundizado en los últimos años, esto ha provocado una transformación en esta rama del Derecho y ha impulsado la creación y el fortalecimiento de mecanismos de protección de naturaleza jurídico-administrativa. La tarea, en el marco de las nuevas tendencias constitucionales, supone una labor de precisión sobre los alcances de las obligaciones específicas y el fortalecimiento de los mecanismos para hacer efectiva esta protección. Se abre una nueva etapa para la evolución del Derecho Administrativo como instrumento jurídico al servicio de los derechos humanos.

[28] Coincidimos con la valoración que hace Hamdan Amad al respecto de los *ombudsman*: "Aunque la institución del ombudsman ha variado a través del tiempo y cada país ha adoptado el instituto conforme a su propia estructura, es innegable que la institución del *ombudsman* sirve para controlar y vigilar los actos de los funcionarios públicos. Hamdan Amad, Fauzi, *op. cit.*, p. 159.

Bibliografía Selecta

Boquera Oliver, José María. Derecho *Administrativo*, 10ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

Carbonell, Miguel (coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, 1ª ed., Madrid, IIJ-UNAM, Trotta, 2007.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord.). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, 1ª ed., México, IIJ-UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

Carrillo Flores, Antonio, *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, UNAM, 1987, México.

Castro Estrada, Álvaro. *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, 1ª ed., México, Porrúa, 2002.

Elliot, Mark, *Administrative Law, Text and Materials*, Oxford University Press, USA, second edition, 1989.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, 3ª ed., Madrid: Trotta, 2002.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. 6ª ed., España, Civitas, 1999.

Hamdan Amad, Fauzi, *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, H. Senado de la República, México, 2002.

Sainz Moreno, Fernando, *Los Controles sobre las Actuaciones de las Administraciones Públicas, en Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, 1ª ed., Madrid, INAP, 2004.

Schmidt-Assmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, 1ª ed., Madrid, INAP, Marcial Pons, 2003.

Sepúlveda Iguiniz, Ricardo. *Las Leyes Orgánicas Constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México,* 1ª ed., México, Porrúa, 2006.

Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, *La Reforma Constitucional para las Comisiones de Derechos Humanos, en, La Reforma Humanista. Derechos Humanos y Cambio Constitucional en México,* Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coord.). 1ª ed., México, Senado de la República LXI legislatura, Fundación Konrad Adenauer, Fundación Humanismo Político y Miguel Ángel Porrúa, 2011.

Vázquez Alfaro, José Luis, *El Control de la Administración Pública en México*. 1ª ed., México, IIJ-UNAM, 1996.

Varios, Konrad-Adenauer-Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, 15° año, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.

RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Valentina Giomi*

Resumen: En el ordenamiento italiano la responsabilidad civil de la Administración Pública por los daños causados a terceros y la responsabilidad de los funcionarios y dependientes públicos por los daños causados a la Administración Pública en sí son regidos en modo diferente y la forma de tutela son confiados a la jurisdicción de dos diversos jueces especiales: el Juez Administrativo en el primer caso y la Corte de Cuentas en el segundo caso. El objetivo del presente trabajo es examinar, a través del análisis de cada tipo de responsabilidad que involucre al operador activo o pasivo de la Administración Pública, y los dos diversos niveles de tutela con que el ordenamiento asegura una restauración por los daños sufridos, en modo directo o indirecto por la colectividad de los ciudadanos. El examen de la disciplina positiva y de los instrumentos procesales predispuestos para garantizar una tutela en el caso en el cual, respectivamente, sea violada la esfera subjetiva de un ciudadano singular a causa de un daño causado por un empleado público mediante un comportamiento material o una provisión jurídica, o bien sean causados daños (materiales o económicos) a la Administración Pública mediante una actividad realizada por funcionarios o dependientes de la misma estructura pública, permite ver en que modo el ordenamiento italiano predispone instrumentos idóneos para asegurar una justa restauración a los ciudadanos respecto de los daños provocados por el empleado público. En

* Ricercatrice di diritto amministrativo; incaricata della docenza di Diritto amministrativo e Diritto Urbanistico.

particular el estudio se ha sustentado sobre las modificaciones normativas más recientes, con las cuales el legislador a tratado de aumentar el nivel de tutela ofrecida en el caso de la responsabilidad administrativa y en el caso de la responsabilidad civil de la A.P., para responder a las nuevas exigencias sociales que solicitan un siempre mayor grado de especialización de la responsabilidad. Todavía, como será observado en conclusión, las reglas previstas para la responsabilidad administrativa (cuya comprobación es enteramente confiada a un órgano de justicia especial que instaura un proceso fundado todavía sobre un aparato normativo viejo e incompleto), en el cual las previsiones para la responsabilidad civil de la A.P. (donde la problemática de la responsabilidad encuentra fuertes límites en la figura del interés legítimo y en la predisposición de un proceso administrativo basado sobre la comprobación de la ilegitimidad del acto) parecen asegurar a los ciudadanos singulares la plena satisfacción por los daños imprevistos causados por el empleado público. Por tanto, sobre este perfil, el ordenamiento italiano parece ofrecer un nivel de tutela todavía limitado en relación con los daños de la Administración Pública y contra la Pública Administración los cuales, directamente o indirectamente, terminan por recaer sobre toda la colectividad de los ciudadanos, acarreando a ellos un prejuicio relevante.
PALABRAS CLAVE: Administración Pública, poder administrativo, daño público, interés legítimo, resarcimiento del daño.

ABSTRACT: Nell'ordinamento italiano la responsabilità civile della Pubblica amministrazione per i danni cagionati a terzi e la responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici per i danni cagionati alla Pubblica amministrazione stessa, sono disciplinati in modo differente e le forme di tutela sono affidate alla giurisdizione di due diversi giudici speciali: il Giudice amministrativo nel primo caso e la Corte dei conti nel secondo caso. L'obiettivo del presente lavoro è quello di esaminare, attraverso l'analisi di ciascun tipo di responsabilità che coinvolga l'operato attivo o passivo della Pubblica amministrazione, i due diversi livelli di tutela con cui l'ordinamento assicura un ristoro per i danni subiti, in modo diretto o indiretto dalla collettività dei cittadini. L'esame della disciplina positiva e degli strumenti processuali predisposti per garantire una tutela nel caso in cui, rispettivamente, sia violata la sfera soggettiva di un singolo cittadino a causa di un danno arrecato da un dipendente pubblico mediante

un comportamento materiale o un provvedimento giuridico, oppure siano arrecati danni (materiali o economici) alla Pubblica amministrazione mediante un'attività posta in essere da funzionari o da dipendenti della stessa struttura pubblica, consente di vedere in che modo l'ordinamento italiano predispone strumenti idonei ad assicurare un giusto ristoro ai cittadini rispetto ai danni provocati dall'operato pubblico. In particolare lo studio si è soffermato sulle modifiche normative più recenti, con le quali il legislatore ha cercato di aumentare il livello di tutela offerto nel caso di responsabilità amministrativa e nel caso di responsabilità civile della P.A., per rispondere alle nuove esigenze sociali che richiedono un sempre maggior grado di specializzazione della responsabilità. Tuttavia, come sarà osservato in conclusione, né le regole previste per la responsabilità amministrativa (il cui accertamento è interamente affidato ad un organo di giustizia speciale che instaura un processo fondato ancora su un apparato normativo vecchio ed incompleto), né quelle previste per la responsabilità civile della P.A. (dove la problematica della responsabilità trova forti limiti nella figura dell'interesse legittimo e nella predisposizione di un processo amministrativo basato sull'accertamento della illegittimità dell'atto) sembrano assicurare ai singoli cittadini il pieno soddisfacimento per i danni subiti dall'operato pubblico. Pertanto, sotto questo profilo, l'ordinamento italiano appare offrire un livello di tutela ancora limitato in relazione ai danni della Pubblica amministrazione e verso la Pubblica amministrazione i quali, direttamente o indirettamente, finiscono per ricadere su tutta la collettività dei cittadini, arrecando loro un pregiudizio rilevante.
PAROLE CHIAVE: pubblica amministrazione, potere amministrativo, danno pubblico, interesse legittimo, risarcimento danno.

ponsabilità amministrativa e la specialità del processo contabile. 3. La responsabilità dirigenziale. a) I caratteri e le particolarità della responsabilità dirigenziale. 4. La responsabilità civile della pubblica amministrazione. a) Le tipologie di responsabilità civile della P.A.: precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale. b) Gli elementi della responsabilità extracontrattuale della P.A. c) Le vicende della risarcibilità dei danni causati dalla lesione dell'interesse legittimo. d) Il giudice del risarcimento dei danni provocati dall'attività illegittima della P.A. 5. Analisi comparata del grado di tutela raggiunto nel nostro ordinamento dalla responsabilità verso la P.A. e dalla responsabilità della p.a. verso terzi: considerazioni conclusive.

1. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E VERSO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: FONTI NORMATIVE

a) *Il fondamento costituzionale della responsabilità della Pubblica amministrazione verso terzi e dei dipendenti pubblici verso la Pubblica amministrazione.*

Il riconoscimento di ipotesi di responsabilità in capo alla Pubblica amministrazione (ed ai suoi funzionari e dipendenti), che, nella teoria generale del diritto ha costituito il punto di arrivo dell'evoluzione dello Stato verso i canoni del moderno Stato di diritto, ha subito un lungo processo evolutivo prima di radicarsi nel nostro ordinamento anche sotto un profilo costituzionale.

In origine, infatti, la concezione di una sovranità del potere tale da rendere il potere pubblico immune da norme superiori e sottratto al sindacato sulle proprie azioni attraverso regole di responsabilità che connettessero gli effetti dannosi agli atti compiuti dalla pubblica autorità, aveva escluso che potesse configurarsi una tutela di fronte agli illeciti dannosi perpetrati dai pubblici poteri.

Il superamento dei dogmi della sovranità e dell'immunità dei pubblici poteri sovrani connesso all'evoluzione dello

Stato di diritto e la necessaria apertura verso una generalizzata estensione della responsabilità per fatto illecito anche nei confronti dell'attività di diritto pubblico, ha tuttavia incontrato qualche difficoltà maggiore proprio nel diritto amministrativo, dove la specialità della disciplina e la dimensione pubblica degli interessi tutelati, pur non frenando il riconoscimento dei principi generali della responsabilità, hanno sempre rallentato l'operabilità diretta delle regole civilistiche della responsabilità.

Soltanto con la moderna evoluzione del diritto amministrativo e con la progressiva perdita della sua specialità connessa al tipo di interessi perseguiti ed al tipo di attività svolta (con annessi strumenti impiegati) si assiste ad una estensione della disciplina del diritto comune anche all'area della responsabilità connessa all'esercizio di pubbliche funzioni, così da assimilare la pubblica amministrazione a qualunque altro soggetto dell'ordinamento.

Affermata e riconosciuta in via di principio generale l'operabilità della responsabilità in capo alla Pubblica amministrazione, occorre, tuttavia individuare le due macroaree in cui essa si articola ed a cui conseguono due differenti discipline giuridiche che traggono origine dal medesimo nucleo costituzionale fondativo.

A seconda dell'operabilità della responsabilità sotto il profilo interno alla stessa pubblica amministrazione, tale da riguardare in modo diretto l'esercizio del pubblico potere ma non i terzi privati oppure sotto il profilo esterno di essa, tale da ricadere immediatamente sul piano dei rapporti fra l'esercizio del pubblico potere ed i terzi privati, si configurano, rispettivamente, un'ipotesi di responsabilità amministrativa (nelle distinte articolazioni di responsabilità amministrativa in senso stretto e responsabilità contabile) ed un'ipotesi di responsabilità civile verso ter-

zi (a sua volta articolata in responsabilità precontrattuale, contrattuale o aquiliana).

Nell'ordinamento italiano, infatti, le aree di responsabilità individuate e che coinvolgono in modo diretto la Pubblica amministrazione, si mantengono ben distinte sotto il profilo giuridico ed anche sotto il piano della tutela, i cui effetti ricadono sempre sulla collettività dei cittadini.

Il primo tipo di responsabilità sorge con la commissione, da parte di funzionari o dipendenti pubblici nell'ambito del loro rapporto di servizio, di fatti illeciti arrecanti un danno finanziario (diretto o indiretto) alla pubblica amministrazione e, quindi, alla collettività indistinta dei cittadini per le sue ricadute sul pubblico erario: il riconoscimento di questa forma di responsabilità permette ad un organo pubblico (il Procuratore della Corte dei conti) di promuovere ed esercitare dinnanzi ad un giudice speciale, la Corte dei conti appunto, l'azione volta ad accertare, attraverso uno speciale tipo di processo, l'esistenza e l'entità del danno subito dall'amministrazione pubblica e di condannare il dipendente colpevole alla refusione dello stesso.

Nel secondo tipo di responsabilità, invece, un altro giudice speciale, il giudice amministrativo, sarà direttamente chiamato dal terzo (privato) danneggiato a sindacare l'operato dannoso di funzionari e dipendenti pubblici che abbiano ad esso arrecato un ingiusto pregiudizio con la propria condotta attiva o omissiva, sia essa volta a porre in essere comportamenti materiali o attività paritetiche, sia essa orientata a svolgere in modo illegittimo un'attività amministrativa.

Descritta sommariamente la profonda differenza ontologica delle due applicazioni del principio di responsabilità per illecito alla pubblica amministrazione ed ai suoi dipendenti, diviene necessario procedere all'indagine distinta

di ciascuna di esse, avendo cura, però, da ultimo, di raffrontare i risultati dei due differenti gradi di tutela offerti dall'ordinamento in ciascuno dei casi e di evidenziare il livello di protezione ottenuto dall'ordinamento italiano.

Tuttavia la ricerca del fondamento costituzionale dell'istituto della responsabilità applicato alla pubblica amministrazione impone, almeno sotto il profilo della legittimazione del principio generale, una lettura congiunta delle due tipologie di responsabilità che coinvolgono, attivamente o passivamente, la P. A.

La nostra Carta costituzionale disciplina espressamente la responsabilità dell'amministrazione e dei suoi agenti agli art. 28 e 113.

Le norme, collocate in parti diverse della Costituzione, sono inserite, rispettivamente, nella parte dedicata ai rapporti civili ed in quella dedicata alla giurisdizione ed hanno la funzione, nel primo caso, di affermare la responsabilità diretta dell'amministrazione e dei pubblici dipendenti (le cui conseguenze dell'operato illecito si estendono in automatico all'apparato amministrativo) per tutti gli atti compiuti in violazione dei diritti, secondo la diversa normativa di settore; nel secondo caso di cristallizzare un sistema di tutela giurisdizionale generalizzato a protezione di diritti e interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione.

L'art. 28 Cost. è una norma molto dibattuta,[1] il cui testo definitivo è stato a lungo discusso nei lavori parlamentari dei Costituenti e la cui stesura attuale non sempre fuga i dubbi interpretativi della dottrina, fondati principalmente sulla portata operativa del richiamo alle leggi di

[1] Per una sintesi delle problematiche emerse nel dibattito in Assemblea costituente, F. Merusi, *Art. 28, in Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna, 1992, p. 356.

settore nelle singole ipotesi di responsabilità contemplate in Costituzione.

Quello che la disposizione sembra consolidare, da un lato è il pieno riconoscimento di una diretta responsabilità dell'amministrazione, in connessione con la diretta responsabilità del pubblico dipendente: il legame della responsabilità dell'apparato con la responsabilità personale del dipendente assicura, infatti, un maggior grado di tutela ai terzi, risolvendosi nella garanzia di più elevata solvibilità della prima rispetto al secondo; sotto altro profilo, l'aver ancorato il riconoscimento della responsabilità del dipendente pubblico alle leggi vigenti in ambito penale, civile ed amministrativo, implica una indiretta esclusione di forme di immunità o esenzione di responsabilità derivanti da normative speciali.

Sotto diverso profilo anche l'art. 113 Cost. è incentrato sulla esclusione di ipotesi di immunità rispetto al sindacato giurisdizionale posto a tutela della violazione di situazioni soggettive qualificate da parte della pubblica amministrazione che agisce attraverso propri atti, quasi a ribadire la necessità che la garanzia giurisdizionale per i cittadini nei confronti di attività illecite o illegittime della P.A. sia piena ed effettiva: questa norma rappresenterà uno dei punti nodali del rafforzamento delle forme di tutela nei confronti dei cittadini richieste al diritto positivo attuale.

La nostra Costituzione, quindi, attraverso le due principali norme esaminate, alle quali fanno da completamento gli articoli 3, 24 e 111 (norme centrali per il riconoscimento dell'uguaglianza formale e sostanziale delle posizioni soggettive dei singoli e per il riconoscimento della tutela dei diritti in sede giurisdizionale, attraverso un processo retto dal principio di legalità, che si svolga in un contraddittorio paritario nelle forme e nei mezzi, tale da consentire a ciascuna parte il pieno soddisfacimento del proprio diritto di difesa), eleva a principio fondamentale il riconoscimento della responsabilità diretta della P.A. e dei suoi agenti per l'operato dannoso da essi posto in essere, sia esso rivolto all'esterno verso soggetti privati destinatari di attività amministrative o pregiudicati da comportamenti della stessa, sia esso rivolto all'interno dell'apparato amministrativo stesso.

In entrambi i casi il riconoscimento di una necessaria tutela per la lesione delle situazioni soggettive violate dalla P.A. attraverso l'operato dei propri agenti, elimina ogni dubbio circa il passato retaggio di forme di immunità della P.A. legate al concetto di sovranità assoluta della stessa, consacrando il principio della imputazione diretta della responsabilità anche in capo ad una persona giuridica come la P.A.: in questo senso chiarissimo è l'art. 113 Cost.

Dall'art. 28 Cost., poi, emerge anche un rafforzamento in termini di effettività della tutela riconosciuta al danneggiato, poiché l'affermazione in sede costituzionale della natura diretta della responsabilità stessa,[2] esclude che, come accaduto in passato, la P.A. sia chiamata in causa soltanto a titolo di responsabilità indiretta per fatto altrui, secondo le regole civilistiche dell'art. 2049 c.c., con le conseguenti restrizioni sostanziali e processuali connesse a detta disciplina e con la conseguente riduzione del grado di tutela per la parte danneggiata.

Le importanti norme costituzionali, pur nella loro essenzialità dispositiva, sono volte ad elevare a principio ge-

[2] Tuttavia, se il criterio di imputazione della responsabilità dopo l'entrata in vigore della Costituzione non presenta particolari dubbi interpretativa, ancora la dottrina non ha raggiunto posizioni univoche sull'entità del vincolo di responsabilità diretta della P.A. e dei dipendenti, essendo ancora dubbio se il vincolo di solidarietà passiva comporti un tipo di responsabilità paritaria o sussidiaria.

nerale dell'ordinamento le due principali tipologie di responsabilità che coinvolgono sotto il profilo attivo e sotto il profilo passivo la P.A., i suoi agenti e la rispettiva attività, sia essa manifestata attraverso atti, sia essa manifestata attraverso azioni o comportamenti.

In tal modo si fornisce fondamento costituzionale alla risposta giuridica dell'ordinamento rispetto ad un danno provocato dall'operato della pubblica amministrazione e dei suoi agenti e si differenziano le risposte giuridiche da parte del legislatore ordinario a seconda dell'oggetto del danno, dei soggetti pregiudicati e degli interessi lesi.

Al riguardo il quadro costituzionale, dopo aver cristallizzato la configurabilità del principio di responsabilità nei confronti delle P.A., individua nella responsabilità civile della P.A. e nella responsabilità amministrativa della stessa, gli ambiti in cui essa stessa opera ed affida al legislatore ordinario la struttura e la modalità di tutela per ciascun ambito.

La differenziazione delle due forme di responsabilità della P.A. e del suo apparato si fonda sulla diversità delle ricadute del danno provocato e sulla diversità degli interessi lesi dal danno stesso: è la stessa Costituzione, con un richiamo indiretto ad altre norme, a delineare gli aspetti essenziali delle due forme di responsabilità, lasciando che sia poi il legislatore nazionale a fornire la disciplina concreta del livello di tutela offerto dall'ordinamento per ciascun tipo di responsabilità attraverso la normativa di settore.

Responsabilità civile e responsabilità amministrativa, pur coinvolgendo direttamente la P.A. ed i suoi dipendenti, rispondono a logiche diverse e hanno funzioni diverse all'interno dell'ordinamento giuridico, tanto che la rispettiva tutela è perfino affidata a giudici diversi.

Anche la percezione del danno e la risposta in termini di riparazione offerta dall'ordinamento sono differenti, così come lo sono l'intensità della tutela e le ricadute finali sui cittadini e sulle loro posizioni soggettive.

Nel primo caso la responsabilità investe direttamente la P.A. in seguito alla commissione di un illecito da parte di un pubblico dipendente nei confronti di un soggetto privato; l'illecito che ha leso la sfera del soggetto privato estraneo all'apparato pubblico può essere tanto un'azione, quanto un'omissione, quanto un comportamento materiale ed il danno ricade in modo diretto sul soggetto privato perché crea una lesione immediata della sua situazione soggettiva.

Ne nasce un'obbligazione diretta in capo all'autore del fatto illecito (che è un pubblico dipendente) e quindi della struttura pubblica di appartenenza, a risarcire il danneggiato secondo le modalità civilistiche tipiche della responsabilità civile, che, a seconda dell'ambito in cui si è maturato il danno, possono disciplinare un rapporto extracontrattuale, un rapporto precontrattuale ed un rapporto contrattuale fra P.A. e danneggiato.

Indipendentemente dallo strumento con cui è stato arrecato il danno (comportamento materiale o attività giuridica) e dalla situazione soggettiva incisa (diritto soggettivo o interesse legittimo) la risposta risarcitoria è collegata al fatto illecito della ingiusta lesione di una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento e non alla particolare qualifica del danneggiante ed il danno viene collegato solo al pregiudizio sofferto dal singolo cittadino inciso e non anche al pregiudizio diretto subito dalla collettività.

Questo tipo di responsabilità è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, un giudice speciale previsto

dalla Costituzione ed il cui processo è stato per la prima volta disciplinato da un codice unitario nel 2010.[3]

Nel secondo caso, invece, la responsabilità investe direttamente il dipendente pubblico che nell'ambito del proprio rapporto di servizio provoca un pregiudizio alla P.A., agli uffici pubblici, al servizio pubblico e, più in generale, all'esercizio della pubblica funzione.

Configurandosi un danno pubblico, la P.A. diviene il soggetto immediatamente danneggiato, ma le ripercussioni del danno sono rinvenibili in via mediata anche sulla collettività dei cittadini, poiché il danno ha provocato un disservizio pubblico e, quindi, un depauperamento delle risorse della collettività.

Ogni danno pubblico che rechi un danno all'apparato amministrativo comporta una responsabilità diretta del funzionario o del dirigente pubblico che l'ha commesso e l'ordinamento predispone un organo giurisdizionale speciale (la Corte dei conti)[4] che attraverso un processo regolato da norme speciali provvede ad accertare la responsabilità amministrativa del pubblico dipendente ed a condannare lo stesso al ristoro dei danni subiti dalla Pubblica amministrazione.

La P.A. danneggiata tuttavia non ha potere di azione diretto per l'accesso alla tutela giurisdizionale ma ha solamente potere di impulso verso l'organo pubblico legittimato ad investire gli organi giurisdizionali predisposti per la tutela.

Nella responsabilità amministrativa, quindi, indipendentemente dalle varie forme in cui essa si articola (contabile, amministrativa o dirigenziale), il danno diretto subito dalla P.A. ad opera un suo stesso dipendente rileva in quanto danno pubblico ed assume una connotazione più generale rispetto al danno derivante al terzo dalla responsabilità civile, perché le sue ricadute vanno ad investire il corretto esercizio di una pubblica funzione e, quindi, il pregiudizio anche economico da essa generato sull'indistinta collettività di cittadini.

[3] Il codice del processo amministrativo è stato adottato con d.lgs. 104 del 2010, prima di tale data la normativa regolatrice del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo era contenuta in differenti testi normativi di vario rango e data.

[4] Il cui fondamento costituzionale è rinvenibile nell'art. 103 comma 2.

In sintesi, in un caso la responsabilità investe la P.A. dal lato attivo in modo non differente da quanto sarebbe accaduto per un comune soggetto privato danneggiante ed il tipo di danno subito dalla parte lesa non ha una portata estensiva a tutta la collettività dei cittadini, ma investe direttamente solo la parte lesa, mentre nell'altro caso è la stessa P.A. a subire un danno provocato da un comportamento illecito di un proprio dipendente e tale danno è percepito dall'ordinamento come danno pubblico, quindi come un tipo di danno che travalica i confini danneggiante-danneggiato, ricadendo sulla collettività dei cittadini.

La profonda diversità fra le due tipologie di responsabilità che coinvolgono in modo diverso la P.A. invita ad esaminare separatamente il modo in cui il legislatore abbia disciplinato le modalità di tutela in ciascuno dei due ambiti, per poi valutare, in chiave di comparazione finale, se gli strumenti di tutela predisposti abbiano assicurato, ciascuno nel proprio ambito, una effettiva e concreta possibilità di ristoro per i danni subiti dalla parte pregiudicata.

b) *La responsabilità amministrativa e le sue fonti normative*

Il fondamento normativo della responsabilità amministrativa è difficilmente ricostruibile in chiave unitaria: ad oggi non esiste un testo unico che raccolga le svariate norme

con cui sono predisposte le diverse fattispecie di responsabilità amministrativa.

Il compito ricostruttivo è reso ancor più difficile dalla doppia circostanza che, da un lato, il concetto di responsabilità amministrativa racchiude ipotesi strutturalmente diverse di danno pubblico che investe la P.A., unificando sotto la medesima definizione sia la responsabilità amministrativa vera e propria, sia la responsabilità contabile; d'altro canto, molte delle disposizioni sostanziali e processuali disciplinanti la responsabilità amministrativa sono racchiuse in norme adottate in epoche profondamente diverse ed il più delle volte anche anteriori alla stessa Costituzione, con conseguenti problemi di compatibilità alla stessa.[5]

Il nucleo fondativo della responsabilità amministrativo-contabile è infatti contenuto nella legislazione degli anni '30,[6] epoca in cui fu approvata anche l'unica disciplina processuale regolatrice del contenzioso dinnanzi alla Corte dei conti.[7]

Le riforme dell'ordinamento degli enti locali,[8] del pubblico impiego[9] e dell'attività giurisdizionale e di controllo della Corte dei conti,[10] che a partire dagli anni '90 hanno

[5] A. M. Sandulli, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in AA.VV., *La Corte dei conti strumenti di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, Napoli, 1979.

[6] R.d. 2440 e 2441 del 1923 e r.d. 827 del 1934, rispettivamente leggi sulla contabilità generale dello Stato e regolamento sulla contabilità generale dello Stato; T.U. legge comunale e provinciale n. 383 del 1934.

[7] T.U. 1214 del 1934.

[8] Dalla legge n. 142 del 1990, legge sulle Autonomie locali alle riforme della stessa negli anni 1997 e seguenti, fino all'attuale T.U. enti locali n. 267 del 2000, con successive modifiche ed integrazioni.

[9] Dallo statuto del pubblico impiego adottato con dpr n. 3 del 1957 all'attuale T.U. sul pubblico impiego, varato nel 2001 e modificato, in parte, dal d.l.gs. n. 150 del 2009.

[10] Leggi n. 20 del 1994 e n. 19 del 1996 con cui sono state riscritte molte norme sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa e dell'annesso processo contabile.

inevitabilmente inciso sulla responsabilità amministrativo-contabile in termini di ampliamento delle ipotesi di responsabilità o di migliore definizione degli elementi essenziali e dei confini della stessa, non hanno mai alterato i caratteri originari con cui detta responsabilità si è formata in origine.

Al di fuori dello sforzo ricostruttivo della singola tipologia di responsabilità pubblica di volta in volta collegata ad un tipo di danno pubblico arrecato alla P.A. e, quindi, ai cittadini, le regole di imputazione della responsabilità e la struttura ontologica della stessa sono sempre le medesime, così come invariato per tutte rimangono la modalità di tutela processuale ed i rimedi processuali di ristoro del danno subito.

Infatti anche le recenti norme che hanno esteso l'ambito della responsabilità amministrativo-contabile[11] attraverso la creazione di nuove fattispecie tipiche di responsabilità pubblica[12] o di danno pubblico[13] non hanno inciso il nucleo originario che ha fornito i caratteri essenziali a questo tipo di responsabilità: un nucleo originario che, però, ha inteso disciplinare solamente i caratteri essenziali e tipicizzanti di questa responsabilità pubblica e che ha implicitamente rinviato alla disciplina ordinaria (civilistica) per

[11] Per una recente ricostruzione dottrinaria delle linee evolutive della responsabilità amministrativa, L. Schiavello, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001; F. Pasqualucci, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002; P. Santoro, *L'illecito contabile*, Milano, 2006.

[12] Fra le nuove ipotesi di responsabilità di recente creazione normativa rientra senza dubbio la responsabilità dirigenziale, formalmente istituzionalizzata e generalizzata nel T.U. pubblico impiego del 2001, ma già prevista nelle varie legislazioni di settore.

[13] Costituiscono ipotesi di danno pubblico cui fa capo un'azione di responsabilità amministrativa il danno da disservizio, il danno all'immagine, il danno da tangente.

tutti quegli aspetti non direttamente disposti con le citate leggi.[14]

Così, intorno ai caratteri tipici di questa responsabilità interna alla P.A., i quali vengono definiti dalle stesse norme che individuano l'ipotesi di responsabilità, si sviluppa, a completamento della disciplina che altrimenti risulterebbe lacunosa, l'applicazione analogica delle norme civilistiche che regolano la responsabilità con particolare riferimento agli elementi strutturali della fattispecie, in tutti quei casi in cui la normativa sulla responsabilità amministrativa risulti incompleta ed in cui dalla normativa civilistica si possano enucleare regole compatibili con il quadro della speciale responsabilità amministrativa.

c) *La responsabilità civile della P.A. e le sue fonti normative*

La responsabilità civile della P.A., come osservato, trova un diretto fondamento costituzionale nell'art. 28 Cost., norma che stabilisce altresì alcune importanti regole di applicabilità.

La disposizione prevede l'esistenza di una responsabilità per danno diretta e personale dei funzionari e dipendenti della P.A. e contemporaneamente l'estensione di detta responsabilità alla P.A., così da creare una concorrenzialità fra il dipendente autore dell'illecito e la P.A. di appartenenza.

Dispone poi che la concreta disciplina della responsabilità del dipendente e della P.A. verso terzi sia regolata secondo le norme civili e che detta disciplina si estenda in solido anche alla P.A..

In tal modo la norma costituzionale individua già in modo chiaro e generale le fonti della disciplina di dettaglio

[14] F. Tigano, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008.

che dovranno regolare gli aspetti operativi della responsabilità per danno della P.A. e dei suoi dipendenti.

Il richiamo alle leggi civili è un rinvio generico che riguarda, pertanto, sia la normativa di base in materia di risarcimento del danno, sia le varie normative di settore in cui sono disciplinate le ipotesi di responsabilità dei dipendenti della P.A. per danni arrecati a terzi, ora in ambito contrattuale, ora in ambito extracontrattuale, ora in ambito precontrattuale.

Il rapporto fra la normativa generale in materia di responsabilità civile extracontrattuale e la normativa di settore sulla responsabilità per danno del pubblico dipendente è quello di genus a species, e la legge speciale, quando esiste, prevale sulla legge generale.

2. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE DEI PUBBLICI DIPENDENTI

a) *Distinzione fra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile*

Responsabilità amministrativa e responsabilità contabile vengono oggi spesso riunite sotto una endiadi che erroneamente le pone sullo stesso piano.

Esse costituiscono due forme di responsabilità pubbliche profondamente distinte fra loro, cui consegue anche una disciplina processuale radicalmente diversa.[15]

La responsabilità contabile rappresenta, a dire il vero, il nucleo da cui è sorta e si è sviluppata la responsabilità amministrativa,[16] essendo in origine prevista una sola for-

[15] F. Garri, *I giudizi davanti alla Corte dei conti*, Milano, 2000.

[16] L. Schiavello, *Il nucleo storico del processo contabile, in Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 1193; L. Greco, *Il processo contabile*, in Riv. *Trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 296.

ma di responsabilità dei dipendenti della P.A. per danni provocati all'apparato pubblico a seguito di comportamento illecito condotto nell'ambito del rapporto di servizio.[17]

La prima forma di responsabilità del dipendente pubblico nei confronti della P.A. era infatti connessa al danno provocato dall'illecito maneggio di denaro da parte degli agenti contabili:[18] essa era quindi una particolare forma di responsabilità patrimoniale cui potevano incorrere solamente una parte dei pubblici dipendenti, vale a dire gli agenti contabili considerati come tali dalla legge, e che nasceva automaticamente in capo all'agente contabile nel momento in cui si verificava un ammanco di pubblico denaro che avrebbe provocato un danno erariale.

L'automatismo dell'imputazione in capo all'agente contabile rendeva la P.A. danneggiata immediatamente parte lesa dal danno pubblico, riversando sull'agente contabile l'obbligo di dimostrare al P.M. contabile della Corte dei conti che agiva a tutela dalla P.A. danneggiata, la sua non colpevolezza o la non imputabilità dell'ammanco.

La struttura di questo tipo di illecito pubblico è rimasta invariata anche ai giorni nostri, pur essendo variata la nozione di agente contabile e pur essendo diversificato il concetto di ammanco di denaro pubblico rispetto alla configurazione originaria.

Nonostante i dubbi profili di compatibilità con le regole costituzionali del giusto processo è rimasto invariato anche il meccanismo automatico di imputazione della responsabilità all'autore dell'illecito erariale, cha vede ancora oggi configurarsi l'inversione dell'onere della prova in sede processuale.

[17] R. Coltelli, *La giurisdizione contabile. Profili storici*, in M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972, p. 197.

[18] R. Coltelli, *Il giudizio di conto degli agenti contabili dello Stato*, Padova, 1958; M. Cantucci, *Il giudizio sui conti degli agenti contabili dello Stato*, Padova, 1958.

Dall'evoluzione della responsabilità contabile nasce la responsabilità amministrativa quando si comincia ad ampliare la imputabilità del fatto dannoso al dipendente non soltanto in caso di danno erariale derivante dal non regolare maneggio di denaro, ma anche quando il dipendente, non necessariamente un agente contabile, abbia provocato, con il proprio comportamento colposo o doloso posto in essere nell'ambito delle mansioni, un danno pubblico alla P.A..

Il pregiudizio all'apparato pubblico nella responsabilità amministrativa non è circoscritto al danno patrimoniale derivante dalla perdita di beni o somme di denaro, ma è esteso a qualunque pregiudizio possa configurarsi per la P.A. e può essere causato dall'attività di qualunque pubblico dipendente durante un rapporto di servizio.

Attualmente costituisce un'ipotesi di responsabilità amministrativa anche il danno economico subito dall'amministrazione in conseguenza di un risarcimento dovuto dalla stessa per i danni provocati ad un terzo da un pubblico dipendente, riconosciuto dal giudice amministrativo colpevole di responsabilità extracontrattuale: l'estensione delle ipotesi di responsabilità civile della P.A. ha determinato di riflesso l'estensione dei casi di responsabilità amministrativa per tutte le ricadute economiche sull'apparato pubblico dei risarcimenti corrisposti dall'amministrazione per attività illegittima o illecita dei propri dipendenti, spesso responsabili anche in via amministrativa o contabile.

Così solo con l'ampliamento del concetto di responsabilità amministrativa si riesce ad ampliare anche l'ambito di tutela per i cittadini stessi che, a causa dell'operato illecito di un pubblico dipendente nel corso dell'esercizio di una funzione pubblica, divengono indirettamente pregiu-

dicati dal danno subito dalla stessa struttura amministrativa presso cui il dipendente è incardinato.[19]

La responsabilità amministrativa del dipendente nei confronti dell'apparato pubblico abbraccia, quindi, ipotesi di danno ben più ampie di quelle in origine riservate alla responsabilità contabile, con questo determinando una sempre maggiore responsabilizzazione dei pubblici dipendenti ed una maggiore garanzia per i cittadini che, incisi soltanto indirettamente dalle ricadute negative del danno pubblica, non avrebbero avuto strumenti per tutelarsi dall'operato pubblico svolto illecitamente.

La distinzione ontologica di queste due forme di responsabilità amministrativa che ancora oggi le mantiene distinte anche sotto il profilo processuale, non esclude tuttavia che esse concorrano e che per uno stesso fatto dannoso possa essere accertato dal giudice speciale Corte dei conti un doppio livello di responsabilità, amministrativo e contabile, in capo al medesimo dipendente pubblico.

b) *Gli elementi tipici della responsabilità amministrativo-contabile e l'influenza delle riforme degli anni '90*

La responsabilità amministrativo-contabile è considerata una responsabilità di natura pubblicistica a causa dei numerosi elementi che la allontanano dalla responsabilità civile per danno:[20] essa, infatti, nasce in un contesto di pubblico impiego, viene portata avanti da un organo pubblico (il PM contabile) il quale è l'unico legittimato ad avviare il contenzioso davanti alla Corte dei conti, ha alla base un interesse pubblico da tutelare ed ha un regime

[19] F. Merusi, *Dalla responsabilità verso i cittadini alla responsabilità verso i dipendenti pubblici nei confronti della P.A.*, in D. SORACE, *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 257.

[20] M. Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 1997.

processuale speciale orientato alla protezione e difesa degli interessi pubblici lesi.[21]

Tuttavia la struttura formale dell'illecito amministrativo-contabile non differisce dalla struttura dell'illecito civile della P.A. ed entrambe le forme di responsabilità sono modellate sullo schema di riferimento civilistico della responsabilità extracontrattuale per fatto illecito, sebbene nel merito i singoli elementi della fattispecie hanno caratteri di specialità.

Anche nella responsabilità amministrativo-contabile costituiscono elementi strutturali della responsabilità l'elemento soggettivo, la condotta, il danno, il nesso psicologico e il nesso causale.

Ciò che diviene elemento tipicizzante è la qualifica di pubblico dipendente del soggetto agente, la tipologia di condotta posta in essere, che generalmente è connessa ad un'attività amministrativa o ad un compito istituzionale, ed il tipo di danno arrecato che è un danno pubblico alla struttura amministrativa ed alla collettività di cittadini.[22]

L'inquadramento necessario del soggetto agente all'interno di un rapporto di impiego pubblico o di servizio con la P.A. è il primo elemento a caratterizzare la responsabilità amministrativa; in origine l'art. 52 del T.U. delle leggi sulla Corte dei conti forniva un elenco preciso dei dipendenti pubblici soggetti a responsabilità amministrativa per illecito amministrativo, successivamente però all'ampliamento del concetto di P.A. ed all'estensione della sfera pubblica[23] anche a soggetti formalmente privati

[21] S. Pilato, *La responsabilità amministrativa*, Padova, 1999.

[22] M. Donno, *Danno erariale*, Milano, 1997; M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico*, Milano, 1996.

[23] In questa estensione devono ricomprendersi anche le figure dell'organismo di diritto pubblico.

(strutture societarie),[24] la nozione di pubblico dipendente e di rapporto di lavoro con la P.A. ha subito notevoli modificazioni.

L'opera della giurisprudenza però, non sempre è stata conseguente nel recepire l'espansione della sfera pubblica realizzata dal diritto positivo sotto il profilo dell'ampliamento dell'elemento soggettivo,[25] ma anzi, ha spostato l'elemento discriminante per individuare la responsabilità amministrativa dall'elemento soggettivo del pubblico dipendente all'elemento oggettivo e teleologico della natura del denaro e degli scopi perseguiti dall'agente.

Al riguardo un recente orientamento a Sezioni Unite della Cassazione ha ribadito che ai fini della nascita della responsabilità amministrativo-contabile non rileva tanto la qualità del soggetto, quanto l'attività svolta dal soggetto privato in favore dell'amministrazione, anche se esso non è formalmente inserito nell'organico della stessa.[26]

Fondamentali per la configurazione di una fattispecie di responsabilità amministrativo-contabile sono poi l'elemento psicologico dell'agente ed il nesso di causalità.

In seguito alle riforme degli anni 1994-1996[27] intervenute sul sistema della responsabilità amministrativa, anche sotto un profilo processuale, è stato stabilito in via generale per legge che l'elemento psicologico minimo necessario

[24] L'estensione della responsabilità amministrativa anche ai dipendenti degli enti pubblici economici privatizzati ed alle società a partecipazione pubblica non è stato automatico da parte della giurisprudenza della Cassazione, la quale, al contrario, si è mostrata sempre molto cauta nel riconoscere una responsabilità pubblica in capo ai dipendenti di dette strutture e soltanto a partire dalla storica sentenza Cass. SS.UU. 22 dicembre 2003, n. 19667 (seguita da SS.UU. 3889 del 2004).

[25] Da ultimo si vedano gli indirizzi restrittivi di Cass. SS.UU. 26806 del 2009 e 519 del 2010.

[26] Cass. SS.UU., 1 marzo 2006, n. 4511.

[27] D. Sorace, *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998; F. G. Scoca, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.

al dipendente o funzionario per porre in essere una condotta illecita perseguibile in sede processuale è quello del dolo o della colpa grave.[28]

E' stata altresì esclusa la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

La graduazione dell'elemento psicologico aveva rappresentato da sempre un problema aperto,[29] dal momento che, in assenza di una norma a valenza generale, per quegli ambiti non coperti da normativa speciale che imponesse un regime di imputazione psicologica come l'attuale,[30] si applicavano in analogia le norme sulla responsabilità civile da illecito extracontrattuale, con conseguente aumento del carico della responsabilità del dipendente anche alle ipotesi di "mera colpa".

Restano ad oggi salve ipotesi normative maggiormente restrittive previste nelle singole discipline di settore, spettando, secondo le indicazioni della Corte costituzionale,[31] al legislatore ordinario la determinazione della graduazione dell'elemento psicologico, che può essere ampliato o ridotto, ma giammai escluso.

[28] Art. 1 legge 20 del 1994, così come modificata dalla legge n. 639 del 1996.

[29] P. Maddalena, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in www.cortedeiconti.it. ; M. Sciascia, *La colpa grave tra principi di diritto comune e configurazione autonoma*, in AA.VV., Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile, Milano, 2006.

[30] Si veda al riguardo il vecchio T.U. degli impiegati civili dello Stato del 1957, il quale imponeva, con riferimento, però alla responsabilità civile dei pubblici impiegati, la commissione dell'illecito con dolo o colpa grave ai fini della imputabilità al dipendente: sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione al trattamento differenziato degli impiegati civili dello Stato rispetto a qualunque soggetto privato dell'ordinamento che arrechi ad un terzo un danno ingiusto e che, secondo i parametri dell'art. 2043 cc, sia imputabile per dolo o colpa (semplice), la Corte costituzionale con una pronuncia n. 2 del 1968 aveva escluso l'illegittimità delle norme del T.U. del 1957, ribadendo che la graduazione dell'elemento psicologico della colpa spettava al legislatore, il quale poteva ridurlo, ma mai escluderlo.

[31] Corte cost. sentenza n. 371 del 1998.

La responsabilità amministrativo-contabile non presenta regole speciali relative al nesso causale della fattispecie illecita: ad esclusione della previsione di una frazionabilità delle responsabilità in capo ai coautori del danno, laddove questo sia stato causato da più dipendenti pubblici, tale nesso viene riconosciuto ogni qualvolta si reputi che la condotta sia stata idonea a produrre gli effetti dannosi, generalmente in un giudizio di valutazione condotto dal giudice ex ante.

c) *L'ampliamento delle tipologie di danno pubblico e la nascita di nuove forme di responsabilità amministrativa*

Rilevano, invece, per la loro tipicità sia la condotta del pubblico dipendente autore del danno, che la tipologia del danno arrecato alla struttura amministrativa.

Caratteristica importante della condotta del pubblico dipendente è che essa può riguardare sia fatti che comportamenti, siano essi attivi o omissivi, ma in questa sede non assume rilievo dirimente la illegittimità dell'atto amministrativo.

L'aver posto in essere un atto amministrativo illegittimo che, comunque, ha causato un danno erariale alla P.A., non rappresenta di per sé un elemento esaustivo della fattispecie illecita, ma può essere soltanto considerato come un elemento indiziario della reale condotta illecita.

Nessuna distinzione viene operata fra le condotte attive o omissive, essendo le seconde parificate alle prime quanto agli effetti produttivi del danno.

E proprio con riferimento al danno derivante dalla condotta illecita del dipendente si incontrano le maggiori difficoltà definitorie, non avendo mai la legge fornito un concetto positivo di danno pubblico.

Ciò ha comportato che la nozione di danno pubblico, muovendo da principi generali che individuavano lo stesso in relazione sia al depauperamento dei beni patrimoniali dell'amministrazione, sia in relazione alla incisione degli equilibri sostanziali dell'economia nazionale e della finanza pubblica, assumesse connotati mobili, di volta in volta adattabili al mutare degli interessi della collettività dei cittadini.

Così, superata la nozione di danno pubblico come danno meramente patrimoniale collegato alla perdita di beni o al depauperamento del pubblico erario, si è assistito alla creazione giurisprudenziale e normativa di nuove fattispecie di danno pubblico via via emergenti nella società civile in conseguenza della percezione del pregiudizio dei cittadini causato alla struttura pubblica dalla condotta illecita del dipendente.

Senza disancorare il danno pubblico dall'elemento della patrimonialità necessaria, sono così recentemente emerse le figure del danno da tangente,[32] del danno da disservizio,[33] del danno all'immagine della P.A.[34] e questo

[32] Il danno da tangente comporta una ricaduta diretta sul mercato degli appalti pubblici in termini di maggiori costi, di aumento dei prezzi, di alterazione dei meccanismi concorrenziali, minori introiti finanziari: numerosissime le sentenze della magistratura contabile che a partire dalla metà degli anni '90 hanno costruito la figura del danno da tangente.

[33] Esso è una nuova figura di danno pubblico ancora in fieri, collegato ad una cattiva erogazione del servizio pubblico connessa a condotte illecite del pubblico dipendente: è caratterizzato da inefficienza degli uffici pubblici in relazione alle risorse pubbliche ad essi destinate.

[34] Il danno all'immagine è una controversa fattispecie di danno pubblico sviluppatasi a seguito di una pronuncia della Cassazione del 1997, con la quale si attribuiva natura patrimoniale al danno all'immagine della P.A. e si apriva la strada alla elaborazione di fattispecie di danno all'immagine per il discredito subito dalla P.A. in seguito a condotte illecite dei propri dipendenti. Recenti interventi normativi (legge n. 78 del 2009, così come convertita con modifiche nella legge n. 141 del 2009, cosiddetto Lodo Bernardo) hanno però ridimensionato la configurabilità di detto danno alle sole ipotesi di dipendenti pubblici condannati con sentenza penale per delitti contro la P.A.

processo di creazione giurisprudenziale non pare destinato ad arrestarsi.

d) *Il giudice della responsabilità amministrativa e la specialità del processo contabile.*

L'accertamento giurisdizionale della responsabilità amministrativo-contabile è affidato ad un giudice speciale, la Corte dei conti, il cui fondamento si rinviene nell'art. 103 Cost.

Ma non è solo la specialità del giudice a caratterizzare questo tipo di processo volto al ristoro di un danno pubblico e, quindi, alla tutela di interessi superindividuali appartenenti a tutti i cittadini: ad essa, infatti, si accompagnano una serie di regole processuali e di giudizio che rendono unico il contenzioso contabile e lo differenziano da qualunque altro tipo di contenzioso in cui si faccia ragione di un'azione di responsabilità che veda coinvolta anche la P.A.[35]

In primo luogo il processo contabile si instaura a seguito di un atto di impulso processuale che può essere posto in essere soltanto dal PM contabile, vale a dire da un organo pubblico, essendo esclusa la diretta sindacabilità giurisdizionale della responsabilità amministrativa da parte dell'amministrazione danneggiata o di qualunque soggetto privato indirettamente inciso.

Secondariamente l'apparato di regole processuali predisposte per questo tipo di processo sono volte ad affidare al Giudice contabile una serie di poteri speciali quali il potere sindacatorio, il potere riduttivo dell'addebito ed il potere

[35] M. Ristuccia, *I giudizi davanti alla Corte dei conti*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

di compensare il risarcimento comminato con l'eventuale beneficio tratto dalla P.A. dall'attività del dipendente.[36]

Tutto questo porta a costruire intorno alla responsabilità amministrativa un sistema di tutela degli interessi lesi che non sempre appare incisivo, satisfattivo e ristoratore del pregiudizio pubblico, con evidenti ricadute negative sull'intera collettività degli amministrati.

3. LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE

a) *I caratteri e le particolarità della responsabilità dirigenziale*

La responsabilità dirigenziale è una particolare forma di responsabilità amministrativa costruita in via legislativa e che concerne esclusivamente quei soggetti che hanno la qualifica soggettiva di dirigenti pubblici e che sono preposti per contratto al vertice di una unità organizzativa della P.A. con compiti di gestione attiva della struttura e di organizzazione delle attività dell'ufficio.

Con la recente riforma del T.U. sul pubblico impiego[37] il legislatore ha riscritto le norme sulla responsabilità dirigenziale, configurando la stessa come una responsabilità connessa al mancato conseguimento degli obiettivi dovuti nell'ambito della struttura affidata alla sua direzione oppure dall'inosservanza delle direttive a lui imputabili ed affermando una generalizzata responsabilità del dirigente per la colpevole violazione del dovere di vigilanza, da parte del personale assegnato ai suoi uffici, degli standard qualitativi e quantitativi fissati dall'amministrazione.[38]

[36] Per un esame della specialità del processo contabile, F. Saitta, *Il processo contabile*, in R. Villata, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001.

[37] Avvenuta con d.lgs n. 150 del 2009.

[38] Artt. 21 comma 1 e comma 1-bis.

All'accertamento della responsabilità dirigenziale ad opera della Corte dei conti conseguono, poi, differenti tipologie di conseguenze sanzionatorie.

Ciò che rileva in questo quadro speciale è che la responsabilità dirigenziale, per quanto prevista in modo specifico dalla legge circa il momento della sua nascita, rimane una responsabilità generica ed atipica circa il momento della sua formazione.

La legge, infatti, individua con chiarezza soltanto il soggetto titolare della responsabilità dirigenziale e la tipologia di danno pubblico arrecato, lasciando indeterminata la condotta dell'autore dell'illecito e non prevedendo neppure la rilevanza dell'elemento psicologico.

Per tali ragioni la responsabilità dirigenziale, per quanto maturata nell'ambito amministrativo e per quanto incidente sulla collettività dei cittadini per la creazione di un danno pubblico, non ha ulteriori elementi di similitudine con la responsabilità amministrativo-contabile.

4. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

a) *Le tipologie di responsabilità civile della P.A.: precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale*

Il generale riconoscimento, in ambito costituzionale, della responsabilità dell'amministrazione e dei propri dipendenti per ogni danno arrecato ai soggetti privati con un comportamento, un'attività, un fatto, ha escluso che per la P.A. e per i suoi dipendenti operasse un regime preferenziale rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento giuridico: indipendentemente dal criterio di imputazione del

fatto illecito o dell'attività illegittima al dipendente ed alla pubblica amministrazione e dal tipo di giudice chiamato a dirimere le controversie sorte sui predetti danni, non vi è alcun dubbio sul fatto che la qualifica di P.A. o di pubblico dipendente comporti in automatico un regime di esclusione o di esenzione da forme di responsabilità per quanto compiuto.

Il richiamo, poi, alle norme che, in ciascun ambito del nostro ordinamento disciplinano la responsabilità di un soggetto per danni arrecati con il proprio comportamento illecito o illegittimo, consacrano l'equiparazione dell'amministrazione e dei soggetti che lavorano per essa in virtù di un rapporto di pubblico impiego o di semplice servizio ad un qualunque soggetto privato e, sebbene con i dovuti limiti di compatibilità, ribadiscono che anche alla P.A. è applicabile la tripartizione della responsabilità civile che vede l'autore del danno responsabile, rispettivamente, per un pregiudizio arrecato in una fase anteriore alla stipulazione di un rapporto giuridico, per un pregiudizio arrecato durante un rapporto negoziale e per un pregiudizio arrecato ad un soggetto terzo privo di qualunque legame giuridico con la P.A. danneggiante.[39]

La configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. non è stata pacifica: fino alla fine degli anni '60, infatti, era escluso che il Giudice Ordinario potesse sindacare le ragioni che avevano indotto la P.A. a non concludere le trattative avviate o a recedere dalle stesse, in violazione dei principi di buona fede e correttezza sanciti dal codice civile,[40] poiché si riteneva precluso al G.O. il sindacato sulle scelte discrezionale della P.A.

---

[39] V. Molaschi, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.* 2002, p. 4.

[40] Ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c.

Nella successiva elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale[41] sono poi state individuate fattispecie in cui il comportamento della P.A. potesse dar luogo a responsabilità precontrattuale,[42] sindacabile dinnanzi al G.O. ai sensi delle regole del codice civile, per il solo fatto che l'attività posta in essere non era riconducibile all'esercizio di una funzione pubblica, ma era equiparabile a quella di qualunque altro contraente privato e non come un soggetto pubblico.

Da ultimo, poi, in relazione ai contratti di appalto per opere, forniture e servizi, la giurisprudenza amministrativa, non solo ha confermato il riconoscimento di questo tipo di responsabilità in capo alla P.A., ma ha devoluto le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.[43]

In gran parte superate inizialmente sono state, invece, le difficoltà della dottrina nel riconoscere una responsabilità contrattuale della P.A. ai sensi delle regole del codice civile.

Infatti, chiarito il ruolo della P.A. che in veste contrattuale assume le caratteristiche di un comune soggetto privato, sebbene con alcune regole speciali di garanzia, non si pongono particolari ostacoli all'attribuire alla P.A. obblighi e doveri derivanti da un rapporto obbligatorio che sia fondato su un contratto, su una disposizione di legge, su un atto unilaterale o su un fatto illecito; per questo la devoluzione delle controversie in materia è affidata alla cognizione del G.O.

[41] In tale linea Cass. SS.UU. n. 9892 del 1993 e Cass. n. 8541 del 1995.

[42] La dottrina individuava come fonte della responsabilità precontrattuale il recesso dalle trattative non supportato da reali ed effettive ragioni di interesse pubblico; il comportamento poco corretto nelle attività preparatorie alla stipula del contratto; l'annullamento o la revoca non motivata della delibera a contrarre.

[43] Consiglio di Stato Ad. Plen. N. 6 del 2005.

L'estensione delle regole civilistiche, laddove non espressamente derogato da norme di settore, diviene la disciplina applicabile ai casi di responsabilità contrattuale della P.A., all'interno della quale, tuttavia, non si fanno distinzioni fra il dipendente che materialmente ha posto in essere il comportamento violativo degli obblighi contrattuali e la struttura pubblica di riferimento.

Più complesso appare, invece, il problema della responsabilità extracontrattuale della P.A. e dei suoi dipendenti, posto che in questo caso il danno arrecato investe soggetti terzi e che esso può essere provocato tanto da un comportamento o da un mero fatto illecito, quanto da un'attività amministrativa illegittima.

La dicotomia evidenziata genera conseguenze assai rilevanti che si riversano sul piano della tutela, degli strumenti processuali e del giudice investito delle relative controversie.

b) *Gli elementi della responsabilità extracontrattuale della P.A.*

L'individuazione degli elementi della responsabilità extracontrattuale della P.A. e dei suoi dipendenti sul piano formale non appare un'operazione complessa:[44] in virtù del richiamo dell'art. 28 Cost. alle leggi civili, l'estensione dell'art. 2043 del c.c. alla responsabilità extracontrattuale della P.A. e dei suoi dipendenti consente di comporre la fattispecie di responsabilità in modo classico:

[44] Fra i numerosissimi contributi dottrinari, G. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998; R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano 1993; G. D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2003; A. Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Napoli, 2003.

Sono quindi necessari la condotta colpevole del dipendente, l'evento dannoso ed il nesso causale.

Differentemente dalla responsabilità amministrativa e contabile la connotazione specifica del dipendente all'interno della struttura amministrativa non è un elemento centrale ai fini dell'imputazione del fatto dannoso alla P.A. in via di estensione: la giurisprudenza ha da tempo precisato che il pregiudizio arrecato a terzi deve derivare da atti o comportamenti del dipendente che esplichi un'attività dell'ente, volta a realizzare fini istituzionali ai quali esso stesso è addetto.

Al di fuori del nesso di occasionalità necessaria, tutti i danni provocati da dipendenti che hanno agito al di fuori dei fini istituzionali dell'ente per il quale prestavano servizio o addirittura in contrasto con essi, non sono imputabili anche alla P.A.

Maggiori problemi nascono, invece, in relazione alla fonte del pregiudizio ed al carattere dell'ingiustizia del danno, essendo dirimente l'inquadramento dell'illecito nell'una o nell'altra qualificazione ai fini dell'accesso ad un differente tipo di tutela.

Muovendo dal primo elemento della fattispecie di responsabilità, va precisato che la condotta del dipendente pubblico, sia essa attiva o omissiva, può concretizzarsi tanto in un comportamento materiale quanto nel compimento di un'attività amministrativa illegittima.

Di conseguenza è rispetto a ciascuna di esse che va ricercato l'elemento psicologico della colpa o del dolo.

La prima difficoltà nasce proprio nella configurabilità di colpa o dolo in capo alla P.A. presso cui opera il dipendente autore dell'illecito: non è sufficiente che l'elemento psicologico sia presente per il dipendente, ma occorre anche, vista l'estensione della responsabilità alla amministrazione, che sia configurabile per la P.A..

In passato la dottrina escludeva la necessità dell'elemento psicologico per la P.A. perché esso non poteva essere configurato per una persona giuridica e, comunque, riteneva che la colpevolezza della P.A. non fosse ancorata ai parametri dell'illiceità, ma a quelli dell'illegittimità: in presenza di un atto illegittimo, quindi, si riteneva già soddisfatto il requisito della colpevolezza della P.A.[45]

Ciò, naturalmente, poteva riguardare solamente i danni provocati da un'azione amministrativa e non anche quelli provocati da un comportamento materiale.

L'evoluzione giurisprudenziale ha portato oggi a ritenere essenziale l'elemento psicologico anche per la configurazione della responsabilità in capo alla P.A.[46]

In particolare si è cercato di individuare una nozione di colpa che, pur non discostandosi dai canoni civilistici della negligenza, imprudenza o imperizia nell'osservazione di regole specifiche, fosse ricomprensiva anche delle responsabilità imputabili all'apparato in cui il dipendente autore dell'illecito ha agito: ciò è divenuto particolarmente evidente per i casi di danno derivante da attività amministrativa illegittima incidente su situazioni di interesse legittimo, atteso che solo l'esistenza dell'elemento psicologico della colpa o del dolo consentono la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

Il riconoscimento dell'elemento psicologico in capo all'amministrazione diviene quindi il fulcro attorno al quale ruota la distinzione necessaria fra illiceità ed illegittimità in tema di risarcimento per danni.

L'elemento del danno costituisce, infine, un aspetto centrale della responsabilità e della tutela risarcitoria in generale.

---

[45] Cass. SS:UU. 13021 del 1997.

[46] Cass. n. 2995 del 1996, n. 4186 del 1997 e 14484 del 2000.

Sia l'art. 28 Cost. che l'art. 2043 c.c. non forniscono indicazioni specifiche sulla tipologia del danno, ma si limitano a richiedere che esso sia qualificabile come "ingiusto".

Il parametro dell'ingiustizia viene diversamente calibrato a seconda che la condotta del dipendente si sostanzi in un comportamento materiale o in un mero fatto oppure in un'attività amministrativa.

Nel primo caso l'effetto dannoso, in aderenza al principio del neminem laedere, si sostanzia nella lesione diretta di una situazione soggettiva di diritto, del pari a quanto accade nel diritto civile.

L'entità del danno sarà diversamente graduata ed andrà provata dal danneggiato, ma non si pongono particolari problemi circa il riconoscimento di un diritto al risarcimento.

In questi casi, inoltre, non frapponendosi l'ostacolo dell'esistenza di una attività amministrativa, la devoluzione delle controversie in materia viene affidata al G.O., il quale, ad eccezione di specifici casi in cui per legge vi sia stata l'estensione del risarcimento dei diritti soggettivi al G.A., rimane la sede competente a statuire sul risarcimento del danno da illecito comportamento.[47]

Nel caso, invece, in cui il pregiudizio sia connesso ad un'attività amministrativa illegittima, la situazione nell'ordinamento italiano appare più complicata.

c) *Le vicende della risarcibilità dei danni causati dalla lesione dell'interesse legittimo*

Nel nostro ordinamento, infatti, qualunque soggetto privato che si trovi ad essere una controparte legittimata nei

[47] Chiare indicazioni in tal senso vengono anche dalla Corte cost. n. 204 del 2004.

confronti dell'impiego del pubblico potere da parte della P.A., divenendo destinatario dell'attività amministrativa dei suoi dipendenti, assume una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo.[48]

L'interesse legittimo, sinteticamente ritenuto come una situazione soggettiva di vantaggio che un soggetto privato vanta in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo, laddove leso da un atto illegittimo della P.A.[49] apre la controversa questione della sua risarcibilità.[50]

Il granitico orientamento di dottrina e giurisprudenza che fino alla metà degli anni '90 escludeva rigorosamente la risarcibilità diretta dell'interesse legittimo, faceva leva sulla lettura restrittiva dell'art. 2043 c.c., in combinato con l'art. 28 Cost. che parlava espressamente di lesione dei diritti, per sostenere che l'elemento fondante l'ingiustizia del danno fosse proprio la lesione di una situazione soggettiva di diritto perfetto, così come qualificata dall'ordinamento giuridico.

[48] Fondamentali i contributi di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problema*, Milano, 1939; G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. Dir. comm.*, 1944, p. 114; M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.* 1987, p. 469; A. Romano, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.* 1980, p. 247. Più di recente, fra i numerosissimi lavori, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3; M. Stipo, *L'interesse pubblico, un mito sfatato*, in *Studi in onore si M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, p. 907; P. Virga, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela*, in *Dir. proc. Amm.*, 1997, p. 540.

[49] M. C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004.

[50] Si vedano, prima della riforma del processo amministrativo del 2000 e prima della storica sentenza della Cassazione del 1999, le considerazioni critiche di A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.* 1998, p. 1; A. Romano Tassone, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 35; AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1997.

Conseguentemente al G.A. non era attribuito alcun potere risarcitorio, ma semplicemente un potere di annullamento degli atti ritenuti illegittimi, lasciando sostanzialmente impregiudicata la tutela dei singoli lesi da un'attività illegittima della P.A.

Così, anche in relazioni a situazioni risarcitorie portate all'attenzione del G.O. perché si faceva questione di un diritto soggettivo inciso dall'attività amministrativa illegittima, detto giudice non poteva statuire su quest'ultima, limitandosi a disapplicare l'atto illegittimo.

L'irrisarcibilità del danno come condizione tipica e coessenziale alla lesione della situazione soggettiva di interesse legittimo, oltre a creare un vulnus nella tutela di soggetti terzi, si poneva sempre di più in contrasto con le regole ed i principi dell'ordinamento europeo che, in moltissimi settori del nostro ordinamento,[51] andavano a sostituirsi al nostro diritto interno dettando una disciplina ispirata alla identità ed alla pariteticità delle situazioni soggettive del privato dinnanzi ad una lesione da parte della P.A.

Soltanto con una svolta giurisprudenziale risalente al recente 1999[52] l'ordinamento italiano ha gettato le basi giuridiche per il riconoscimento della risarcibilità di interessi legittimi di privati lesi dall'attività illegittima della P.A.

La svolta giurisprudenziale è stata costruita dalla Cassazione sul presupposto di una lettura del concetto di "danno ingiusto" che abolisse ogni distinzione strutturale fra le situazioni soggettive incise, ampliando la nozione di ingiustizia verso un danno che incidesse qualunque situazione qualificata all'interno del nostro ordinamento.

Diventava quindi ammissibile, per il privato, chiedere il ristoro del danno sofferto a seguito di un'attività amministrativa illegittima che ha leso la sua posizione di interesse legittimo, a condizione, però, che detta attività sia posta in essere con dolo o con colpa da parte della P.A.[53]

[51] Si pensi alle direttive in materia di appalti n. 89/665 CE e 92/13 CE.

[52] Cass. SS.UU. n. 500 del 1999.

Risolto il dogma delle irrisarcibilità in generale della posizione di interesse legittimo, affinchè, in concreto, il privato leso possa pretendere un risarcimento, occorre che sia completata tutta la fattispecie di responsabilità extracontrattuale che, in questo caso, non riguardando meri atti o comportamenti, bensì un'attività amministrativa, necessita che accanto al danno ingiusto (cioè la lesione dell'interesse legittimo) sussista anche il requisito della colpevolezza della P.A.

Il requisito della colpevolezza della P.A., come evidenziato in precedenza, non viene automaticamente desunto dall'illegittimità dell'atto amministrativo, bensì deve essere provato in modo specifico dal danneggiato e fatto valere in giudizio come elemento autonomo.

In sintesi, se la lesione dell'interesse legittimo è stata elevata a danno ingiusto, ai fini del riconoscimento della responsabilità risarcitoria occorre anche che sia provato l'elemento soggettivo della colpevolezza, non essendo la stessa coincidente con l'illegittimità dell'atto.

d) *Il giudice del risarcimento dei danni provocati dall'attività illegittima della P.A.*

Affermata in via di principio la astratta risarcibilità anche dei danni provocati al privato da un'attività illegittima della P.A. restava da chiarire quale fosse il giudice competente a conoscere di questa ipotesi risarcitoria.

[53] F. Fracchia, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli 2009; S. Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2008.

Fino alla riforma del processo amministrativo avvenuta con legge n. 205 del 2000,[54] tutte le controversie sorte in merito al pregiudizio sofferto dal privato per attività illegittima, dovevano seguire il "doppio binario" di giurisdizione, dovendosi per prima cosa adire il G.A. per ottenere una sentenza di annullamento dell'atto amministrativo reputato illegittimo ed in seconda istanza rivolgersi al G.O. per il giudizio di risarcimento dei danni ad esse conseguente.

La mancata previsione normativa della cognizione del G.A. anche in materia di risarcimento del danno creava quindi evidenti problemi di tutela per la parte, con il rischio di diminuzione della effettività delle garanzie offerte dall'ordinamento e con una sostanziale disparità rispetto alle ipotesi di risarcimento del danno per attività illecita della P.A.

A seguito della riscrittura di alcune norme processuali in materia amministrativa, il legislatore è finalmente intervenuto sull'argomento, generalizzando in capo al giudice amministrativo il potere di conoscere anche di tutte le questioni relative al risarcimento del danno per attività illegittima della P.A., un potere che va ad affiancarsi a quello originario di annullamento dell'atto amministrativo a seguito della accertata illegittimità.

La riunione del giudizio di annullamento e risarcitorio in capo al medesimo giudice amministrativo, non ha risolto appieno la questione della effettività della tutela del privato danneggiato.

Infatti, la strada per il riconoscimento di una piena tutela al privato anche in questo specifico modello risarcitorio avente ad oggetto non un fatto o un mero comportamento, bensì un'attività proveniente dai pubblici poteri, non

[54] F. Caringella, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 205 del 2000*, Milano, 2000.

può dirsi ancora completa, atteso che nessuna disposizione normativa, neppure quelle nuovamente introdotte, aveva risolto la complessa problematica della necessarietà o della eventualità della previa impugnazione del provvedimento amministrativo illegittimo per poter ottenere una pronuncia risarcitoria.

Il riconoscimento della pregiudizialità dell'azione di annullamento dell'atto su quella di risarcimento intacca un delicato problema di tutela del diritto del privato in rapporto all'amministrazione, in quanto condiziona l'astratta possibilità risarcitoria (prescrittibile in ben 5 anni) ad una previa azione giurisdizionale, peraltro soggetta a termini di decadenza strettissimi.

Il recentissimo codice del processo amministrativo,[55] approvato nel luglio del 2010[56] e che ha riunito e riscritto tutte le norme processuali di questo speciale ambito contenzioso, sembrerebbe aver optato per una apparente soluzione di negazione della pregiudizialità amministrativa in relazione al giudizio risarcitorio contro la P.A., salvo poi ancorare la concreta quantificazione del danno alla valutazione, da parte del G.A., delle circostanze e del comportamento delle parti.[57]

Non solo, secondo quanto disposto dal legislatore, il G.A. esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Tale ultima previsione ha di fatto riammesso in modo implicito la pregiudiziale amministrativa, poiché secon-

[55] Fra i numerosi commentari, A. Quaranta, V. Lopilato, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011; R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2011.

[56] D. lgs n. 104 del 2010 e successive modifiche e integrazioni con i correttivi attuati con d. lgs 195 del 2011 e d. lgs. 160 del 2012.

[57] Art.30 del codice del processo amministrativo.

do le prime interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza rientrerebbe a pieno titolo fra "gli strumenti di tutela previsti" proprio l'azione di annullamento proposta dal privato per demolire l'atto amministrativo illegittimo e pregiudizievole: ciò con evidenti ricadute negative in termini di riduzione dell'effettività della tutela per il privato danneggiato.

5. ANALISI COMPARATA DEL GRADO DI TUTELA RAGGIUNTO NEL NOSTRO ORDINAMENTO DALLA RESPONSABILITÀ VERSO LA P.A. E DALLA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. VERSO TERZI: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'indagine svolta nei singoli settori in cui la responsabilità coinvolge, dal lato attivo e dal lato passivo la P.A. nel nostro ordinamento, permette di condurre alcune valutazioni critiche circa il grado di tutela raggiunto, di volta in volta, nei singoli ambiti in cui è stato sofferto un pregiudizio derivante da un illecito giuridico.

La profonda differenza fra le responsabilità evidenziate e fra i meccanismi processuali di tutela predisposti dalla legge ha obbligato a condurre un'indagine separata per ciascun tipo di responsabilità, ma la eterogeneità dell'analisi non impedisce di trovare un comune denominatore che consenta di mettere i risultati ottenuti a confronto e che permetta di leggere in chiave unitaria le varie esperienze presenti nell'ordinamento italiano.

Tale comune denominatore potrebbe essere rinvenuto nel livello di tutela raggiunto da ciascun sistema di responsabilità; posto, infatti che lo scopo ultimo della creazione positiva di regole giuridiche della responsabilità rimane sempre quello di assicurare adeguati strumenti e meccanismi di tutela agli interessi di volta in volta pregiudicati,

è confrontando il risultati raggiunti dall'applicazione di quelle regole che si può stabilire che tipo di livello di tutela sia stato garantito dal nostro ordinamento in ciascun ambito.

Iniziando con la responsabilità verso la P.A. (a cui si unisce anche la responsabilità dirigenziale), alla cui base sono posti importanti interessi la cui lesione incide indirettamente su tutta la collettività degli amministrati, si può concludere osservando che il livello di tutela raggiunto con gli strumenti di diritto positivo e di diritto processuale predisposti non sempre è idoneo a garantire il raggiungimento dello scopo e che, quindi, il pregiudizio sofferto dalla P.A. per l'attività illecita o illegittima del proprio dipendente raramente trova integrale ristoro nel nostro ordinamento, con conseguenti ricadute su tutti noi cittadini.

Ne sono un esempio pratico tutti quei casi in cui, a fronte di un danno economico di una rilevanza consistente, il dipendente condannato dalla Corte dei conti, si veda comminare in sentenza un obbligo risarcitorio infinitamente inferiore rispetto al danno accertato, in virtù del beneficio della riduzione dell'addebito che lo stesso giudice contabile ha applicato.

A diverse conclusioni in termini di scarsa incisività della tutela non si giunge neppure nel caso della responsabilità civile della P.A. a seguito di attività amministrativa illegittima.

Se, forse, il terzo danneggiato ottiene una più integra tutela dinnanzi al G.O. per tutte le ipotesi di risarcimento da comportamenti illeciti che abbiano inciso un diritto soggettivo, lo stesso non può affermarsi con riferimento alla tutela avverso la lesione dell'interesse legittimo, la quale, come visto da ultimo, torna addirittura ad essere condizionata dall'esperimento di peculiari meccanismi processuali.

Ne consegue che il privato leso dall'illegittimità dell'azione amministrativa con difficoltà raggiunge quella piena tutela per il pregiudizio subito.

In conclusione, quindi, nell'attuale panorama giuridico italiano, il livello di tutela assicurato al privato avverso i danni cagionati dalla P.A. ed alla P.A. stessa avverso i danni cagionati dal proprio dipendente, appare ancora perfettibile, non sempre risultando idoneo ad un ristoro integrale della lesione subita.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1997.

R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano 1993.

F. CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 205 del 2000*, Milano, 2000.

S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2008

R. COLTELLI, *La giurisdizione contabile. Profili storici*, in M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1972.

F. GARRI, *I giudizi davanti alla Corte dei conti*, Milano, 2000.

M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problema*, Milano, 1939.

G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998.

L. GRECO, *Il processo contabile*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1961.

P. MADDALENA, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in www.cortedeiconti.it

F. MERUSI, *Art. 28, in Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. Pizzorusso, Bologna, 1992.

G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. Dir. comm.*, 1944.

M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.* 1987.

S. PILATO, *La responsabilità amministrativa*, Padova, 1999.

M. RISTUCCIA, *I giudizi davanti alla Corte dei conti*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

A. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.* 1980.

F. SAITTA, *Il processo contabile*, in R. VILLATA, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001.

A. M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in AA.VV., *La Corte dei conti strumenti di attuazione della Costituzione nella materia della finanza pubblica*, Napoli, 1979.

L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001; P. SANTORO, *L'illecito contabile*, Milano, 2006.

L. SCHIAVELLO, *Il nucleo storico del processo contabile*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981.

F. G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.

B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985.

M. STIPO, *L'interesse pubblico, un mito sfatato, in Studi in onore si M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, p. 907.

VI. Derecho Civil

LA CAUSALIDAD Y LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

FERNANDO MARTÍNEZ GARCÍA DE LEÓN*

RESUMEN: En nuestra legislación se percibe cada día más que el derecho civil, y en especial la responsabilidad del médico, ha recibido una creciente influencia de la teoría de los derechos humanos y de ciertos aspectos del derecho administrativo. Ello explica que el derecho a la salud sea considerado ahora un derecho humano y que las obligaciones impuestas al médico provengan en primer término de la legislación sanitario-administrativa. Por ello es que los deberes del galeno tienen primordialmente una fuente legal. En consecuencia para la práctica judicial resulta irrelevante que se haya celebrado o no un contrato de prestación de servicios profesionales, pues el médico de todos modos resultará responsable ante el incumplimiento de una obligación legal de diligencia y cuidado hacia el enfermo. En consecuencia, una visión contractualista o iusprivatista en general no alcanza a explicar de manera integral el fenómeno de la responsabilidad civil del médico y todas sus vertientes. En esa tónica se desarrolla el presente artículo, acentuando la práctica judicial, precedentes jurisprudenciales y la doctrina que se juzga más pertinente para nuestra realidad jurídica que tiende a crear un nuevo concepto pasando del daño moral al daño a la persona ocasionado por la negligencia médica.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil médica, derecho a la salud, derecho humano, daño moral y daño a la persona.

* Catedrático de Clínica de Derecho Procesal Civil y Mercantil de la Escuela Libre de Derecho.

ABSTRACT: Nella nostra legislazione si puó percepire ogni giorno che nell diritto civile, ed specialmente nella responsabilità dil medico, si sono accresciute l'influenza della teoria dei diritti umani e di qualche aspetti del diritto amministrativo. Questo spiega che il diritto alla salute sia capito adesso come diritto umano e che gli òbblighi imposte al medico provengano, in primo luogo, della legislazione sanitario-amministrativa. Per ciò i doveri dil galeno hanno primariamente una fonte legale. In conseguenza per la prattica judiciaria non ha importanza che si sia accordato o no un contratto di prestazione di servizi profesionali, perche il medico di qualche modo sará risponsabile per incumplire un òbbligo legale di diligenza ed cura dil malato. In conseguenza, una visione contrattualistica oppure iusprivatistica in generale non é sufficente per spiegare integramente il fenomeno della responsabilità civile dil medico ed tutte le sue sfumature. In questo senso si sviluppa questo articolo, mette a fuoco la prattica judiciaria, i precedentti e la dottrina pertinente per la nostra realitá giuridica che cerca di creare un nuovo concetto che arriva dil danno morale al dano alla persona per negligenza medica

PAROLE CHIAVE: responsabilità civile dil medico, diritto alla salute, diritti umani, danno morale, e dano alla persona.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO CONSTITUYE EL PARADIGMA MÁXIMO DE TODA RESPONSABILIDAD CIVIL

Al estar encomendada al médico la vida y la salud de los pacientes es indiscutible que su actuación profesional debe estar enmarcada en los más altos estándares de diligencia, prudencia y conocimiento técnico. Por ser entonces aquellos bienes jurídicamente tutelados los de mayor jerarquía, la responsabilidad civil del médico se constituye como el paradigma *máximo* de toda responsabilidad civil.

Si el derecho a la vida y la protección de la salud es el objeto primordial del desempeño del profesional de la medicina, su práctica será evaluada de manera rigurosa, imponiéndose al médico obligaciones hacia el paciente tanto en la etapa *preoperatoria* como en la etapa *posoperatoria* ante la presencia de *nuevos* síntomas o complicaciones derivadas del tratamiento sugerido. En igual forma, se le impondrá la obligación de no dar de alta al paciente sin un diagnóstico secundario antes del egreso que asegure una rehabilitación física y mental.

Es así que al médico, según doctrina de Luis Pascual Estevill:[1] "... en la toma de las decisiones que la conveniencia y gravedad de la situación lo requieran deberá comportarse con la prudencia, diligencia y pericia que las circunstancias demanden en el momento oportuno". En igual forma Carlos Ignacio Jaramillo J.[2] al hacer referencia al célebre fallo de la Corte de Casación Francesa de mil novecientos treinta y seis se estableció que el *debitum* galénico es un: "... compromiso, ... no de curar al enfermo, sino ... de suministrarle los cuidados debidos..., pero no de cualquier manera, sino en forma concienzuda y solícita... como corresponde." Es por ello que la doctrina española también entiende que la obligación del galeno **es de medio y no de resultado**; pues el médico sólo está obligado a proporcionar al enfermo todos los tratamientos necesarios y aconsejables que científicamente sean perti-

[1] Pascual Estevill, Luis, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Barcelona, Bosch, 1992, Tomo II, Volumen 2º Parte especial, p. 411.

[2] Jaramillo J., Carlos Ignacio, *La responsabilidad civil médica-La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial-*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 255.

nentes, más no asegurar su sanación o comprometerse a ella. Asua González[3] afirma:

> ...el punto de vista tradicional y asentado en nuestra jurisprudencia en torno a la responsabilidad de los profesionales sanitarios es el siguiente: ...la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera...

En nuestro medio tales deberes de cuidado y obligaciones técnicas se encuentran también previstos en la legislación nacional como lo es la Ley General de Salud y su reglamento, en las diversas Normas Oficiales Mexicanas, Tratados Internacionales, en diversas ejecutorias emitidas por el Poder Judicial de la Federación y en el propio contrato de prestación de servicios profesionales, en caso de existir, lo que da ocasión a la configuración de un **marco legal** al que debe de ceñirse la actuación profesional del médico tratante, sus auxiliares e incluso el mismo hospital en donde se atiende al paciente, como se da cuenta enseguida.

2. El marco jurídico del derecho a la salud

Desde luego el derecho a la salud no es sólo una garantía individual consagrada en el artículo 4° constitucional, sino incluso es ahora considerado como un **derecho humano** conforme diversos tratados internacional de los que México es parte, destacando la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos:

[3] Asua González, Clara I, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, 3ª ed., pp. 1154 y ss.

> Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.
> Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

En igual forma en la Ley General de Salud en sus artículos 32, 33, 47 último párrafo y 51 primer párrafo y en los artículos 8°, 18, 19, 48 y 73 de su reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica respectivamente prevén:

Ley General de Salud:

> Artículo 32. Se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.
> Artículo 33. Las actividades de atención médica son: I. Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica; II. Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; III. De rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las "invalideces" físicas o mentales, y IV. Paliativas, que incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente, a través de la prevención, tratamiento y control del dolor, y otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario.
> Artículo 47. En la operación y funcionamiento de los establecimientos de servicios de salud se deberán satisfacer los requisitos que establezcan los reglamentos y normas oficiales medianas correspondientes.
> Artículo 51. Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica establece:

ARTÍCULO 8. Las actividades de atención médica son: ... *i)* curativas: que tienen por objeto efectuar un diagnostico temprano de los problemas clínicos y establecer un tratamiento oportuno para resolución de los mismos, y *ii)* de rehabilitacion: que incluyen acciones tendientes a limitar el daño y corregir la invalidez física o mental.

ARTÍCULO 18. Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate. Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes.

ARTÍCULO 48. Los usuarios tendrán derecho a ... recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnico y auxiliares.

ARTÍCULO 73. El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.

En consecuencia se impone al médico y sus auxiliares, entre otras, las obligaciones **legales** de elaborar un **(i) diagnostico temprano y (ii) tratamiento oportuno** al padecimiento que aqueja al enfermo, según es ordenado en la normatividad antes mencionada, incluso de orden internacional tal y como es establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **"Protocolo de San Salvador"**, en que todos consagran del derecho a la salud física y mental de todo individuo, algo que corrobora la siguiente ejecutoria para efectos de nuestro sistema jurídico nacional:

...el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos... de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. (DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar).

Este es el marco **legal** primigenio que regula el derecho a la salud y que su violación generará la responsabilidad civil del médico.

3. OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS AL PROFESIONAL DE LA MEDICINA

Pueden resumirse todas las obligaciones impuestas al médico en una sola expresión: **diligencia máxima** en el diagnóstico temprano y tratamiento sugerido, sea preventivo, curativo o de rehabilitación.

Aquella diligencia tiene como fuente la ley misma, haya o no contrato, siendo entonces la relación médico-paciente un **binomio** de fuente legal. Incluso resultaría irrelevante la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales pues la verdadera fuente de las obligaciones es la negligencia médica, exista o no contrato. El médico resultaría igualmente obligado en ambas circunstancias, sin diferencia alguna, por lo que la existencia del contrato pasa a un segundo plano.

3.1. *Etapa preoperatoria*

Es así que la máxima diligencia impone al médico en la etapa preoperatoria: i) la elaboración de un historial clínico; ii) la práctica de toda clase de estudios de laboratorio, radiológicos o de imagenología que conduzcan a determinar el padecimiento; iv) un diagnóstico oportuno; v) la obligación de pedir la intervención de otros profesionales (interconsultas) que coadyuven a determinar la certeza de tal diagnóstico; vi) el deber de informar al paciente el resultado del mismo, vii) el tratamiento sugerido y viii) la conservación bajo sigilo profesional del expediente clínico.

3.2. *Etapa posoperatoria*

Mismas obligaciones que igualmente se exigen al médico en la etapa posoperatoria ante la presencia de nuevos síntomas lo que impone de manera adicional ix) la obligación de cuidado y evolución satisfactoria del paciente; x) la práctica de análisis posoperatorios de toda clase; xi) mayor tiempo de observación; xii) la realización de junta de médicos o interconsulta ante nuevas complicaciones y xiii) abstenerse de dar de alta al paciente sin un diagnóstico secundario antes del egreso.

En consecuencia, el no cumplimiento de tales obligaciones dará nacimiento a la **responsabilidad civil** derivada del daño **corporal y moral** ocasionado al paciente, entrando al ámbito de la culpa o negligencia médica.

4. LA NEGLIGENCIA MÉDICA POR FALTA DE DIAGNÓSTICO TEMPRANO Y TRATAMIENTO OPORTUNO GENERA LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

La responsabilidad civil en general consiste en la obligación de reparar un daño ilegítimamente causado. Para el caso específico, la fuente de la responsabilidad es la negligencia médica por falta de un diagnóstico temprano y tratamiento oportuno que produce directa o necesariamente un daño al paciente.

Es precisamente la falta del diagnóstico y tratamiento adecuado lo que da ocasión a la culpa del profesional de la medicina. Debe entonces entenderse al diagnóstico como: "aquélla etapa encaminada a establecer el cuadro clínico del enfermo, ...o la razón de la problemática que lo aqueja".[4] En otras palabras, tiene la finalidad de determinar qué tipo de enfermedad se padece, sus causas y consecuencias.

En igual forma acorde a la opinión de Pedro Lain[5] el diagnóstico consiste en identificar y designar la afección que sufre un paciente, siendo el elemento del acto médico, porque del mismo depende el correspondiente tratamiento o terapéutica a seguir.

Por su parte a José Alsina,[6] considera al diagnóstico como el conjunto de actuaciones médicas destinadas a la curación del paciente, a la protección de su salud o aliviar las consecuencias de una enfermedad.

En concordancia Carolina Correa Escobar y Javier Valdivia Arría[7] establecen:

---

[4] Jaramillo J., Carlos Ignacio, *op. cit.*, p. 250.

[5] Lain, Pedro, *El diagnóstico médico. Historia y Teoría*, Barcelona, Salvat Editores, 1982 pp. 187 y ss.

[6] Alsina, José, *Medicina e Historia*, Editorial Hespérides, Volumen IV, p. 119 y ss.

[7] Correa Escobar Carolina y Javier Valdivia Arría, *El contrato de servicios médicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, pp. 134 y ss.

...Error en el diagnóstico: "Comprometerán la responsabilidad del médico los errores de diagnóstico derivados de su ignorancia; de fallos groseros de apreciación, de examen insuficiente del enfermo; de equivocación inexcusable.... La doctrina ha distinguido tres tipos de error de diagnóstico: i) Error por insuficiencia de conocimientos o ignorancia, en el que el médico elabora un diagnóstico errado como consecuencia de la falta de conocimientos que debía saber; ii) Error por negligencia en el diagnóstico, en el cual el médico, por inexcusable falta de cuidado, no recabó la información usual y necesaria para la elaboración acertada del diagnóstico, y iii) Error científico, donde el médico frente a un cuadro clínico complejo y confuso que supone síntomas asimilables a más de una patología, emite un diagnóstico incorrecto...

Asimismo, Jorge Bustamante Alsina,[8] afirma:

1395. c) Diagnóstico. El error en el diagnóstico responsabiliza al médico por los daños que sufre el paciente como consecuencia de haber seguido por ello un tratamiento inadecuado, o haberse sometido a una intervención quirúrgica innecesaria, o no haberse atendido debidamente. Desde luego que el error debe ser grave e inexcusable. 1397. d) Tratamiento, igualmente el médico es responsable en el caso de haber aconsejado un tratamiento equivocado por error grave o inexcusable.

Más aún, el diagnóstico no es sólo una actividad aislada sino se subsume en la que la doctrina contemporánea considera como un **"acto médico"** en el que se engloban las obligaciones de diagnóstico oportuno, tratamiento adecuado, interconsultas, deber de información, entre otras referidas en la etapa preoperatoria y posoperatoria.

Se cita de nueva cuenta la obra de Carlos Ignacio Jaramillo[9] quien afirma:

[8] Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 523 y ss.

[9] *Op. cit.* p. 250.

El acto médico... suele pues desdoblarse en tres fases...: el diagnóstico, el tratamiento y la intervención preparatoria... y como recientemente lo entendió la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de septiembre de 2002, al indicar que: "En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil, el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios ocasionados al paciente, como consecuencia de incurrir en yerros de diagnóstico y tratamiento".

En consecuencia, las opiniones doctrinales expuestas permiten concluir que la **omisión** de realizar un diagnóstico certero, oportuno y de proporcionar el tratamiento debido, actualiza la pretensión legítima de reclamar la indemnización por daño moral ocasionado al paciente derivado de un comportamiento culposo.

5. LA CAUSACIÓN DEL DAÑO MORAL POR NEGLIGENCIA MÉDICA

Tratándose de una afectación a la integridad física o psíquica derivada de una negligente atención médica **se presume que se causó daño moral** sin necesidad de probar la dimensión o intensidad del dolor físico o sufrimiento psicológico ocasionado. Entonces, probado el hecho ilícito entendido como aquella afectación física o psíquica opera en consecuencia **la presunción de daño moral**.

Dicho criterio ha sido establecido en tesis aislada sostenida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, página mil seiscientos sesenta y uno, Tomo XXV, marzo del dos mil siete, de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* y que establece en su parte relativa:

DAÑO MORAL, PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA POR LA ILEGÍTIMA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD, INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA DE UNA PERSONA, CONFORME A LA PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del artículo 1916 y del diverso 1916 bis, vigente hasta el 19 de mayo de 2006, que lo complementa, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que en caso de la llamada responsabilidad subjetiva, por la realización de un hecho ilícito, tendrá lugar la reparación del daño moral. Además, el sentido literal de la parte final del citado artículo 1916 lleva a establecer que el daño moral se presume cuando está acreditada la afectación ilegítima de los atributos de la personalidad como la libertad y la integridad física o psíquica, de modo que demostrado el hecho ilícito consistente en la afectación a la integridad física, se presume que se produjo el daño moral. Por tanto, si se demuestra que se sufrieron lesiones como consecuencia de un ilícito y, por ende, la afectación a la integridad física o psíquica, opera la presunción de existencia del daño moral causado, sin que pueda exigirse la determinación exacta del detrimento sufrido o de la intensidad de la afectación.

En igual forma el citado tribunal estableció en tesis visible en el Tomo XXIII de febrero del dos mil seis de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* lo siguiente:

DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. El Código Civil para el Distrito Federal contempla un sistema de responsabilidad civil que abarca la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. La primera de ellas supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato; la segunda, también llamada aquiliana, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido

el genérico deber *neminem laeder*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. Esta última, a su vez puede ser subjetiva si se funda exclusivamente en la culpa, y objetiva, cuando se produce con independencia de toda culpa, de manera que, en el primer caso, el sujeto activo realiza un hecho ilícito que causa un daño al sujeto pasivo, y en el segundo, obra lícitamente pero el daño se produce por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas, razón por la cual también se conoce a la responsabilidad objetiva como responsabilidad por el riesgo creado, misma que legalmente está prevista en el artículo 913 del Código Civil para el Distrito Federal. Un común denominador de ambos tipos de responsabilidad, según se deriva de las ideas y del texto legal anteriores, es el daño, entendido éste como toda lesión de un interés legítimo, y puede ser de carácter patrimonial, cuando implica el menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho, o moral, en el supuesto de que se afecten los bienes y derechos de la persona de carácter inmaterial, es decir, cuando se trate de una lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, como el honor, los sentimientos y afecciones diversas. En consecuencia, la interpretación teleológica, literal y sistemática de los artículos 1916 y 1916 Bis del mismo ordenamiento sustantivo civil, lleva a colegir que tratándose de la acción de reparación de daño moral en contra de quien haya incurrido en responsabilidad objetiva, basta acreditar la existencia de esta última, prescindiendo de la ilicitud del hecho u omisión generadoras del daño, aunada a la demostración de que esa responsabilidad objetiva se tradujo en la afectación de cualquiera de los bienes y derechos de la persona tutelados y señalados de manera enunciativa, ergo, no limitada, en el primero de los dispositivos legales invocados. Esto último, es necesario porque el hecho de que se establezca la obligación de reparar el daño moral supone que éste se ha causado, y ello requiere ser acreditado puntualmente, lo cual tocará apreciar en cada caso al juzgador con vista a la causa eficiente del daño y al bien jurídico involucrado. Así, en el caso en que resulta lesionado el sujeto pasivo u ofendido por el sujeto activo, tratándose de las actividades o mecanismos a que se refie-

re el artículo 1913 del Código Civil, o sea, de la responsabilidad objetiva, y esa lesión consiste en una fractura de una pierna, por ejemplo, resulta evidente que el individuo que la sufre resiente un dolor físico o *pretium doloris* que es un indudable daño moral en tanto implica una afectación a los aspectos físicos o a la integridad física de la persona, máxime cuando se requiere de una o varias intervenciones quirúrgicas que, *per se*, son susceptibles de infringir nuevas molestias corporales o de incrementar el dolor o cuando siendo necesaria una primera operación de esa naturaleza no se practica inmediatamente con la consiguiente prolongación del sufrimiento orgánico, por lo que, en tal supuesto, será suficiente comprobar la existencia de la lesión como resultado de la conducta del agente. Ese dolor orgánico producido por la lesión referida también puede implicar un daño psicológico, así sea temporal, toda vez que quien lo resiente experimenta un sufrimiento íntimo susceptible de provocar angustia, temor, ansiedad, de manera que también es factible la observación de otra vertiente del daño moral, al conculcarse los sentimientos del individuo.

La **presunción** de existencia de daño moral se justifica si se tiene en consideración que la lesión sufrida por la víctima en su honor, sentimientos, configuración, aspectos corporales o la consideración que de sí mismo tienen los demás que conducen a un dolor físico o sufrimiento psicológico no puede acreditarse por prueba directa, de ahí la acertada consideración de que se tenga por acreditado el daño moral por sólo mediante prueba **indirecta o presuntiva**.

En consecuencia, haciendo acordes las ejecutorias existentes sobre el tema debe decirse que la legislación civil mexicana son tres los elementos a justificar para que proceda la demanda de indemnización por daño moral, a saber: *i)* El daño o afectación corporal o psíquica (hecho ilícito), *ii)* La negligencia o culpa atribuida al médico que

ocasionó tal afectación y *iii)* La relación de **causalidad** que vincula a la conducta culposa y al daño.

Ahora bien, por regla general la **relación causal** une a dichos fenómenos de manera **inmediata**; pero puede suceder que también nazca la responsabilidad civil médica cuando sólo exista entre el daño y el hecho ilícito una relación de causa mediata; esto es, de causa indirecta, eficiente o necesaria, en la cual el daño se produzca con toda necesidad aun cuando no de manera directa. El artículo del 2110 del Código Civil establece ambos tipos de relaciones: "... Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

Así las cosas, reunidos los tres elementos señalados se acredita la realidad del ataque, lo que da ocasión a presumir la causación de daño moral derivada de una negligencia médica.

Resulta aplicable al caso la tesis sustentada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página noventa y ocho, del Tomo doscientos diecisiete a doscientos veintiocho, Cuarta Parte, del *Semanario Judicial de la Federación*:

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Ahora bien, aún cuando la presunción de daño moral representa un avance doctrinal y jurisprudencial loable, es

de mencionar que se encuentra en formación una **nueva** tendencia que propugna por superar la clásica división de daño subjetivo y objetivo a una sola categoría denominada: **"daños a la persona"**. Entre nosotros Flores Álvarez[10] afirma que:

> La doctrina clásica del daño moral lo divide para su reparación en subjetivo y objetivo; el primero se conforma por los sufrimientos; es decir, daño moral es igual a sufrimiento, y tiene que vincularse a daño patrimonial para que proceda. Y el daño moral objetivo se conforma por perjuicios económicos derivados del sufrimiento; es decir, por las ganancias económicas derivadas del sufrimiento... En cambio el daño a la persona es único, tiene independencia del daño económico cuantificable... pues pone en primer lugar al sujeto afectado, que tiene la facultad de solicitar la reparación del daño, que puede ser a cambio de conductas de hacer, de dar o de no hacer por parte del sujeto que lo agravió, de tal forma que ahora no sólo se traduzca la reparación en una suma de dinero, sino que pueda redundar en una conducta por parte del infractor, como una disculpa pública... por ello, se propone el término de "daños a la persona", que es abierto y casuístico.

Para el caso específico de la responsabilidad civil médica la anterior posición doctrinal, bajo mi criterio, encontraría cabida sin mayor dificultad por ser una aplicación concreta del principio de **progresividad** de los derechos humanos, dentro de los cuales está precisamente el derecho a la salud. Así, *i)* a la par de una reparación económica a la que la víctima tendría derecho por los sufrimientos ocasionados por la negligencia médica y *ii)* de tenerse por acreditado el daño moral de manera presunta, *iii)* pudiera exigirse también al responsable la realización de alguna conducta de desagravio hacia la víctima, según se dijo, pero también

[10] Flores Álvarez, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de prácticas genéticas*, México, 2012, Porrúa, pp. 217 y ss.

imponérsele algún tipo de trabajo social o comunitario. Con ello se estaría ampliando la obligación de reparar el daño no sólo hacía la víctima sino también hacia la sociedad misma en la que se desenvuelven las relaciones sociales.

Se propugna así por la evolución de la doctrina del daño moral hacía la teoría del **daño a la persona,** que es un término más adecuado a nuestra actual realidad jurídica imbuida e impactada por la expansión de los derechos humanos.

6. PRUEBA DE LA CULPA

Nuestro sistema legal sigue adoptando el sistema de prueba establecido en el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece que: "...las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones"; siendo entonces a cargo de la víctima reclamante la carga probatoria para acreditar la culpa y negligencia médica en las obligaciones de medio impuestas al demandado, esto es, la ausencia de diagnóstico temprano y tratamiento debido.

Opera entonces, para la responsabilidad médica, el mismo sistema probatorio que se adopta tratándose de la responsabilidad civil en general; cito en consecuencia una obra publicada por este autor[11] en donde al contrastar las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual se estableció que uno de los criterios diferenciadores entre ellas sería: "Por la prueba de la culpa, pues tratándose de la extracontractual, la víctima asume la carga de probar la causación del daño, así como la culpa, negligencia o dolo imputable al autor. Así, la prueba de la

[11] Martínez García de León, Fernando, *Los actos ultravires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2007, pp. 54 y ss.

culpa corresponde al perjudicado con sobrada razón, ya que si incumbiera al causante, éste por razón natural tendería a minimizar la responsabilidad que se le imputa. Sólo le queda acreditar una excluyente de responsabilidad por la cual demuestre: "...que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". (1910 y 1913). En conclusión, la víctima acredita daño y culpa, y el agente la excluyente de la responsabilidad que se le reclama **(reversión probatoria)**.

En cambio, el incumplimiento de obligaciones contractuales de principio **se presume culposo,** por lo que el deudor al ser **demandado** deberá acreditar que aquél se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Al incumplido corresponde acreditar la existencia de la causa **imprevisible, o siendo previsible inevitable; o en todo caso irresistible** que lo libere de la responsabilidad y que destruya la presunción de culpabilidad establecida en su contra. Este mismo criterio lo establece el artículo 2018 del Código Civil: "...La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario".

7. Responsabilidad solidaria de hospitales

Ahora bien, basta recordar, como ya fue citado, que la propia legislación de salud impone al establecimiento hospitalario obligaciones ante el paciente:

> Artículo 47. ...En la operación y funcionamiento de los establecimientos de servicios de salud se deberán satisfacer los requisitos que establezcan los reglamentos y normas oficiales medianas correspondientes.
> Artículo 51. Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica establece:

> Artículo 18. Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate. Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes.
> Artículo 73. El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.

Así las cosas, de principio debe quedar asentado que los establecimientos mercantiles y sus responsables quedan vinculados a realizar todo aquello que asegure una valoración médica y tratamiento adecuado. Por tanto nace por ley una responsabilidad **solidaria** de los hospitales y de los médicos que en ellos prestan sus servicios, debiendo actuar éstos con diligencia, prudencia y debido cuidado, estándares que además se encuadran en el concepto de **buenas costumbres**, por lo que su incumplimiento da ocasión al nacimiento de un hecho ilícito por ser contraria la negligencia a normas de orden público, como lo es la legislación sanitaria referida, dando nacimiento a la responsabilidad civil tanto de los propietarios de los nosocomios como del personal médico responsable e incluso sus auxiliares.

8. CONCLUSIONES

1. El derecho a la salud es ahora considerado un **derecho humano** conforme al principio de progresividad que impone la expansión de los derechos humanos en nuestro derecho interno.

2. Aún así, la **carga de la prueba** del daño sigue recayendo en el reclamante, quien asumirá la obligación procesal de probar los hechos constitutivos de sus pretensiones, y probado este elemento **objetivo**, se **presume** enseguida la causación de daño moral.

3. Sin embargo es loable el avance de nuestra jurisprudencia la cual acepta ya la prueba **presuntiva o indirecta del daño moral** ocasionado por una deficiente atención médica.

4. Además, debemos expandir el concepto de daño moral a **daño a la persona**, por ser un concepto más amplio.

5. Es entonces claro que la responsabilidad civil médica y sus alcances se encuentran en la actualidad en pleno desarrollo académico, doctrinal y jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, José, *Medicina e Historia*, Editorial Hespérides, Volumen IV.

ASUA GONZÁLEZ, Clara I, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

CORREA ESCOBAR Carolina y VALDIVIA ARRÍA, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur.

FLORES ÁLVAREZ, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de prácticas genéticas*, México, Porrúa, 2012.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *La responsabilidad civil médica-La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial-*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

LAIN, Pedro, *El diagnóstico médico. Historia y Teoría*, Barcelona, Salvat Editores, 1982.

MARTÍNEZ GARCÍA DE LEÓN, Fernando, *Los actos ultravires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2007.

PASCUAL ESTEVILL, Luis, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Barcelona, Bosch, 1992, Tomo II, Volumen 2º Parte especial.

CAUSALITÀ E COLPA NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO

FRANCESCA GIARDINA*

RESUMEN: La responsabilidad civil del médico, prototipo de la responsabilidad profesional, tiene una naturaleza típicamente contractual al derivar del incumplimiento de una obligación contractualmente asumida por el profesionista (deudor) frente al propio paciente (acreedor): sobre el médico se cargan, de hecho, las obligaciones fundadas en el contrato de obra intelectual (prestación de servicios profesionales) a cargo del profesionista. Sin embargo cuando no existe una relación directa de fuente contractual entre el médico (deudor) y el paciente (acreedor), la doctrina y la jurisprudencia tienden, siguiendo varias opciones interpretativas, a ofrecer al paciente el régimen, considerando más favorable, de la responsabilidad deudora. La teoría que ha cobrado mayor aceptación reconstruye la responsabilidad médica como una de tipo contractual, al amparo de lo que se conoce como "contrato social cualificado". El criterio común que se aplica es el de "debida diligencia del buen padre de familia" previsto en el artículo 1776, apartado 1 del Código Civil Italiano, referido a las obligaciones en general, y además especificado en la sección 2 de dicho precepto, en caso de actividad profesional, por las cuales la diligencia debe ser considerada dentro de la naturaleza de la actividad ejercitada. El legislador también ha previsto (en el artículo 2236 del Código Civil) una "especial" disposición tendiente a limitar la responsabilidad del profesionista a la sola hipótesis de dolo o culpa grave, si lo que representa que la prestación del servicio médico implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad: se trata de una norma que limi-

* Professore ordinario di diritto privato Dipartimento di Giurisprudenza Università di Pisa.

ta la responsabilidad, y por ello no debe ser considerada como una cláusula que exonera de tal responsabilidad al profesionista, ni de un caso autónomo para regular la responsabilidad. Por lo que respecta al tema de la responsabilidad dentro del sistema de salud, si bien no existe duda que el hospital responde del daño causado por sus médicos, al vincularlo a un contrato de trabajo, representa para el derecho un mayor problema a resolver la hipótesis en la cual el médico, autor del acto ilícito, no fuese dependiente del hospital, sino simplemente hubiese utilizado su estructura para sus actividades. En muchas ocasiones los tribunales de apelación han precisado que sólo después de haberse acercado al nexo de la causalidad, es posible pasar a la valoración del elemento subjetivo de la culpa. Frecuentemente, todavía, en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, las dos posturas se entrelazan al punto de confundirse, como una especie a seguir de la afirmación de un concepto de culpa objetiva, apreciada con base en estándares generales de comportamiento. Un problema particularmente delicado, vinculado al nexo de causalidad, es aquél que da relevancia a las causas naturales que originan los efectos perjudiciales en el paciente y, en particular, de la relevancia del progreso en las condiciones de salud del paciente en la reducción del daño a resarcir.
PALABRAS CLAVE: Médico, Daños al paciente, Responsabilidad, Derecho Civil, Culpa profesional, Causalidad.

ABSTRACT: La responsabilità civile del medico, prototipo della responsabilità professionale, ha natura tipicamente contrattuale, in quanto deriva dall'inadempimento di una obbligazione contrattualmente assunta dal professionista (debitore) nei confronti del proprio cliente (creditore): sul medico gravano,infatti, gli obblighi nascenti dal contratto d'opera intellettuale a carico del professionista. Quando però non sussista un diretto rapporto di fonte contrattuale tra medico (debitore) e paziente (creditore), dottrina e giurisprudenza tendono, seguendo varie opzioni interpretative, ad offrire comunque al paziente il regime, ritenuto più favorevole, della responsabilità debitoria. La teoria che ha avuto maggior fortuna ricostruisce la responsabilità medica come contrattuale, facendo ricorso al c.d. "contatto sociale qualificato". Il criterio ordinario della diligenza del buon padre di famiglia, previsto dal 1° comma dell'art. 1176 c.c. per le obbligazioni in generale, viene specificato dal 2° comma in caso di attività professionali, per le quali la diligenza deve essere commisurata alla natura della attività esercitata. Il legislatore ha

poi previsto (art. 2236 c.c.) una "speciale" disposizione volta a limitare la responsabilità del professionista alle sole ipotesi di dolo o colpa grave, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà: si tratta di una norma che pone soltanto una limitazione di responsabilità, non di una clausola di esonero da responsabilità per il professionista, né di una autonoma fattispecie di responsabilità. Quanto alla struttura sanitaria, mentre è pacifico che la casa di cura privata risponda del danno causato dal medico ad essa legato da un rapporto di lavoro dipendente, maggiori problemi ha sollevato l'ipotesi in cui il medico autore del fatto illecito non fosse dipendente della clinica privata, ma avesse semplicemente utilizzato le strutture di questa per l'esecuzione dell'intervento. In più occasioni la Cassazione ha precisato che solo dopo l'accertamento del nesso di causalità è possibile passare alla valutazione dell'elemento soggettivo della colpa. Sovente, tuttavia, in alcune pronunce giurisprudenziali, i due profili si intrecciano al punto da confondersi, specie a seguito dell'affermazione di un concetto di colpa oggettiva, valutata in base a standards generali di comportamento. Problema particolarmente delicato, legato all'accertamento del nesso di causalità, è quello della rilevanza delle concause naturali nella produzione di effetti pregiudizievoli per il malato e, in particolare, della rilevanza delle pregresse condizioni di salute del paziente nella riduzione del danno risarcibile.
PAROLE CHIAVE: Medico, Danni al paziente, Responsabilità, Diritto civile, Colpa professionale, Causalità.

1. NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO

La responsabilità civile del medico costituisce il prototipo della responsabilità professionale, della quale rappresenta tuttora il modello di riferimento. Il suo inquadramento

sistematico richiede, dunque, una preliminare definizione della figura più generale.

La responsabilità professionale è una responsabilità di natura tipicamente contrattuale, in quanto deriva dall'inadempimento di una obbligazione contrattualmente assunta dal professionista (debitore) nei confronti del proprio cliente (creditore). In linea di principio, pertanto, fatta salva l'operatività della norma specialedell'art. 2236 c.c., la disciplina di tale responsabilità non si discosta dalle regole relative alla responsabilità debitoria (artt. 1218, 1176, 1175 e 1256 c.c.).

Quando però non sussista un diretto rapporto di fonte contrattuale tra medico (debitore) e paziente (creditore), il problema della natura della responsabilità medica resta aperto e la sua soluzione è determinante ai fini dell'individuazione del regime applicabile.Il caso più significativo è quello del medico dipendente da una struttura sanitaria nei confronti del paziente, che ha un rapporto contrattuale con la struttura, ma non direttamente con il medico. Mentre è certo che la responsabilità della struttura sia di natura contrattuale, la responsabilità del medico dipendente dovrebbe, a rigore, essere qualificata come extracontrattuale, ed essere regolata non dagli artt. 1218 ss. c.c., bensì dagli art. 2043 ss. c.c.

Ma dottrina e giurisprudenza tendono, seguendo varie opzioni interpretative, ad offrire comunque al paziente il regime, ritenuto più favorevole, della responsabilità debitoria anche nei confronti del medico dipendente. Un primo orientamento afferma lapiena contrattualità della relazione tra medico dipendente e paziente individuando una fonte legale per l'obbligazione del professionista, i cui fatti costitutivi sarebbero l'accettazione in cura del paziente da parte dell'ospedale e la sua assegnazione a un certo medico o ad una certa *équipe* sanitaria.

Maggior fortuna in giurisprudenza ha avuto, tuttavia, un diverso orientamento interpretativo, che ricostruisce la responsabilità medica attraverso il ricorso alla c.d. teoria del "contatto sociale qualificato".Il *leading* case in materia di "responsabilità da contatto" è stato affrontato proprio con riguardo al settore della responsabilità sanitaria, e segnatamente nella sentenza n. 589/1999 della Corte di Cassazione. L'argomentazione fondamentale a sostegno della decisione è costituita proprio dall'intensità della tutela del paziente alla stregua dell'uno o dell'altro regime di responsabilità. Si afferma, infatti, che, "se la responsabilità del medico (dipendente) fosse tutta ristretta esclusivamente nell'ambito della responsabilità aquiliana, essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). In altri termini la responsabilità aquiliana del medico[...]sarebbe configurabile solo allorché [...] il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico". Invece al medico "la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere[...], ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento"[1].

Nella giurisprudenza più recente si rinviene poi la precisazione che nel contatto tra medico e paziente sarebbe da ravvisare "la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con

[1] Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

il quale il paziente ha stipulato il contratto [...]. In altri termini, [...] il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria del medico, ma se il medico in ogni caso interviene [...] l'esercizio della sua attività sanitaria [...]. non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico".[2]

Le argomentazioni svolte dalla Cassazione non sono state condivise, ed anzi sono state sottoposte ad un analitico vaglio critico, dalla giurisprudenza di merito. In particolare —è stato osservato— il medico dipendente compie soltanto isolati atti della complessa attività che costituisce la prestazione medica, la quale è dovuta nella sua interezza dalla struttura sanitaria: il medico, dunque, non ha alcun controllo sugli atti eseguiti da altri ed estranei all'attività da lui personalmente svolta, e pertanto si viene a trovare in una posizione ben diversa da quella c.d. "vicinanza alla prova" che giustificherebbe l'imposizione al medico di un regime probatorio particolarmente gravoso (l'onere di dimostrare la non imputabilità del mancato o cattivo adempimento della prestazione sanitaria).[3]

La responsabilità medica da contatto sociale, poi, non è confortata dall'analisi economica del diritto. Una parte della dottrina, infatti, osserva che il regime della responsabilità contrattuale viene applicato in assenza di un contratto quale strumento di efficiente ponderazione ed allocazione dei rischi di una data attività sanitaria su un dato paziente: il medico è spesso oberato da un obbligo istituzionale di fornire prestazioni sanitarie a chiunque le richieda(senza poter decidere né sull'*an* né sul *quando* né, a volte, sul *quomodo*) e il paziente(che ha di solito diritto alle prestazioni per il solo fatto di godere dell'assistenza sanitaria da parte

[2] Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.
[3] App. Venezia, 16 giugno 2006.

dello Stato e deve rivolgersi ad una certa struttura, in cui lavorano determinati medici, semplicemente sulla base di una ripartizione geografico-amministrativa) non può scegliere il medico.

2. IL CONTRATTO D'OPERA INTELLETTUALE E GLI OBBLIGHI DEL MEDICO

Sul medico gravano gli obblighi nascenti dal contratto d'opera intellettuale a carico del professionista: particolare rilevanza assumono l'obbligo di personale esecuzione della prestazione, gli obblighi di informazione, l'obbligo di fedeltà e tutta una serie di obblighi *ex lege* gravanti sul professionista anche a prescindere da un espresso incarico e indipendentemente da una loro espressa menzione nel contratto d'opera intellettuale.

Da notare che in ambito professionale, anche ai fini della corretta individuazione del contenuto dell'obbligazione, oggi assume sempre maggiore importanza la *normativa deontologica* interna alle varie categorie professionali, intesa come ulteriore fonte di integrazione del contratto d'opera intellettuale.

Da un lato, infatti, la normativa deontologica tende sempre più ad abbracciare l'ambito delle regole tecniche che presiedono allo svolgimento in concreto della professione, esplicando così "efficacia" (quantomeno indiretta) anche nei confronti degli stessi clienti. Ciò rende più difficile la distinzione tra il piano tecnico e quello puramente deontologico che, come tale, concerne soltanto l'etica della categoria professionale e disciplina i rapporti interni tra i professionisti di quella categoria e/o i rapporti tra questi e gli organi di vertice della categoria medesima, essenzialmente a fini disciplinari.

Dall'altro, risulta discussa la stessa natura della normativa deontologica, dovendosi constatare la tendenza della dottrina più recente ad abbandonare la tradizionale impostazione che vede nelle regole deontologiche dei precetti etici e non giuridici, fondati sul comune sentire del gruppo professionale e aventi rilevanza meramente interna. Tale dottrina muove verso una concezione che accosta i precetti deontologici alle norme giuridiche (di fonte ovviamente secondaria), in quanto tali rilevanti per l'ordinamento che tecnicamente non le recepisce ma, al tempo stesso, ne reprime la violazione. Anzi, non manca chi, addirittura, sostiene che le regole deontologiche abbiano natura di vere e proprie norme giuridiche, sebbene di origine non statuale.

Ciò porta alla considerazione di principio che, almeno per quanto concerne quelle regole —sempre più frequenti— direttamente attinenti allo svolgimento della professione, anche la normativa deontologica possa integrare il contenuto del contratto d'opera intellettuale, con la conseguenza che la violazione di tali regole da parte del professionista può rilevare in quanto imperizia (e colpa specifica) ai fini della responsabilità per inadempimento.

3. Diligenza e colpa professionali: considerazioni di base

Com'è noto, in dottrina si scontrano due diverse impostazioni di fondo: l'una, volta a considerare la diligenza come contenuto della prestazione del debitore o, comunque, come obbligo a sé stante; l'altra, volta a considerare la diligenza non come obbligo, ma come criterio di determinazione del contenuto della prestazione e, conseguentemente —in positivo— come parametro per la misura dell'esatto adempimento. Risulta di immediata evidenza

come l'adesione all'una o all'altra impostazione determini rilevanti e, spesso, opposte conseguenze.

Preferibile appare la seconda opinione, in base alla quale l'ampia nozione di diligenza funge da criterio di valutazione che si specifica sempre in funzione del titolo e della natura del rapporto: in essa è ricompreso anche il concetto di perizia, che ha un carattere più estrinseco ed oggettivo, in quanto presuppone la padronanza di conoscenze e regole che non sono alla portata di tutti, perché comunemente non conosciute, la cui inosservanza può anche essere indipendente dall'impegno profuso dal debitore. La dottrina, in ogni caso, rileva come la nozione di diligenza e quella speculare di colpa siano utilizzate dal legislatore, al tempo stesso, come parametri di determinazione del modo di essere dell'adempimento (soprattutto con riferimento alle prestazioni di fare), sia come criteri di imputazione dell'inadempimento.

Per quanto specificatamente attiene al tema della responsabilità medica, si discute se la perizia, intesa generalmente come conoscenza ed applicazione delle regole tecniche, vada tenuta distinta dalla diligenza, oppure se il concetto di diligenza sia in realtà unico, con la precisazione che la diligenza del professionista è comunque una diligenza "qualificata" in quanto influenzatadalle conoscenze scientifiche che costituiscono il patrimonio della categoria professionale.

Il criterio ordinario della diligenza del *buon padre di famiglia*, previsto in generale dal 1° comma dell'art. 1176 c.c. viene specificato in caso di attività professionali, per le quali la diligenza, sulla base del dettato del 2° comma, deve essere commisurata alla *natura della attività* esercitata. Ciò non toglie, secondo parte della dottrina, che la nozione di diligenza sia sempre la stessa, in quanto il richiamo

specifico alla natura dell'attività esercitata non vale a giustificare una nozione diversa, ma solo a variare il parametro di riferimento per la valutazione del comportamento dovuto dal debitore, tra l'altro non in funzione della singola prestazione dedotta in obbligazione, ma con riferimento al complesso dell'attività esercitata, in modo da collocare su un piano parallelo la diligenza del buon padre di famiglia e quella del c.d. "buon professionista". Sembra quindi preferibile concludere che la diligenza richiesta al professionista dal 2° comma dell'art. 1176 c.c. non è qualcosa di diverso da quella prevista al 1° comma, ma costituisce, semmai, un'applicazione particolare di questa.

In generale, infatti, la diligenza appare come un criterio oggettivo ed elastico, da commisurare di volta in volta al contenuto della prestazione dovuta dal debitore e alle circostanze del caso concreto, tanto più nel caso del professionista, il quale deve impiegare nell'adempimento tutta la preparazione acquisita in relazione alla specifica professione esercitata.

E' opportuno poi sottolineare come, in quest'ambito, l'imperizia non integri direttamente l'unica ipotesi di colpa, che può corrispondere pur sempre anche a negligenza o imprudenza; pertanto, anche in tema di responsabilità professionale, non deve escludersi che il professionista versi in colpa, non solo in caso di imperizia, ma anche laddove sia concretamente configurabile (soltanto) un'ipotesi di negligenza o imprudenza. In sostanza, qui il concetto di colpa riassume in sé le ipotesi in cui il comportamento del professionista risulta inadeguato rispetto alle regole tecniche della professione.

In materia assume poispecifico rilievo il caso dell'errore professionale, in passato citato sia in dottrina che in giurisprudenza come esimente da responsabilità, a sua volta da

tenere distinto dal c.d. *errorscientiae*. Si ha errore professionale quando il comportamento tenuto dal professionista è tecnicamente errato, ma tale errore non è ascrivibile a colpa. Secondo alcuni l'errore professionale si configura quando il professionista ha tenuto una condotta obiettivamente inadatta al caso concreto, sebbene egli abbia agito diligentemente, non riuscendo a rendersi conto preventivamente del possibile esito negativo del proprio comportamento. Ovviamente, per integrare un simile errore, occorre la presenza di oggettive condizioni in grado di indurre un erroneo convincimento nel professionista, il quale abbia agito comunque senza superficialità o trascuratezza e riesca a dimostrarlo.

Si parla invece di *errorscientiae*, come ipotesi assimilata al caso fortuito, per indicare l'inadeguatezza e l'arretratezza sul piano scientifico, in un dato momento storico, della conoscenza professionale, come tale non riconducibile alla condotta del singolo professionista, in quanto l'errore è insito nelle stesse "regole dell'arte" e, in definitiva, inevitabile.

Attualmente la giurisprudenza tende ad affermare la responsabilità anche in caso di errore professionale, ravvisando una causa non imputabile soltanto nell'*errorscientiaevero* e proprio.

4. L' ART. 2236 C.C. E I PROBLEMI TECNICI DI SPECIALE DIFFICOLTÀ

Le ultime considerazioni in tema di diligenza e colpa impongono di affrontare un altro aspetto che caratterizza la responsabilità del professionista: la peculiare regola dettata dall'art. 2236 c.c. in sede di disciplina del contratto d'opera intellettuale.

È opportuno ribadire che la responsabilità professionale resta comunque soggetta agli artt. 1218 e 1176, comma 2, c.c., in quanto relativa all'inadempimento di una preesistente obbligazione. Ciononostante, il legislatore ha previsto una "speciale" disposizione volta a limitare la responsabilità del professionista alle sole ipotesi di dolo o colpa grave, qualora la prestazione implichi la soluzione di *problemi tecnici di speciale difficoltà*. È altresì bene precisare fin da subito che, secondo l'opinione prevalente, si tratta di una norma che pone soltanto una limitazione di responsabilità, non di una clausola di esonero da responsabilità per il professionista, né di una autonoma fattispecie di responsabilità.

Questa norma, assai rilevante perché alla lettera afferma che il debitore risponde solo nei casi "estremi" di dolo o colpa grave, in passato ha dato adito a non pochi contrasti già riguardo alla individuazione del suo fondamento. Secondo alcuni, infatti, essa non è altro che il portato di uno storico privilegio attribuito alla categoria dei professionisti intellettuali (e in particolare ai medici), dovuto all'esigenza di non penalizzare in maniera eccessiva quel professionista che abbia scelto di affrontare, a fin di bene, i rischi connessi a problemi tecnici di non facile soluzione.

Secondo altri, sulla base di quanto traspare dalla stessa Relazione al codice (n. 917), la *ratio* della norma è quella di conciliare due opposte esigenze: da un lato, quella di non disincentivare l'iniziativa del professionista per il timore di possibili rappresaglie da parte del cliente che, rimasto insoddisfatto dei risultati della prestazione, voglia avanzare ingiustificate pretese risarcitorie; dall'altro, quella di evitare decisioni non ponderate o riprovevoli inerzie da parte del professionista.

Esaminando la lettera dell'art. 2236 c.c., sembra che i *problemi tecnici di speciale difficoltà* cui la norma si riferisce siano quelli obiettivamente risolvibili soltanto mediante una preparazione professionale superiore alla media, che trascenda la normale competenza in materia. In concreto, tali possono essere soprattutto quei problemi di nuova emersione, relativi a casi non ancora studiati o non ancora acclarati in ambito scientifico.

Si tratta di una eventualità non rara in ambito di responsabilità medico-sanitaria, tant'è che al riguardo la giurisprudenza ha profondamente rivisitato la materia, toccando da vicino l'interpretazione dell'art. 2236 c.c. con il risultato di limitarne l'operatività alle sole ipotesi di imperizia.

L'art. 2236 c.c. infatti, secondo la tesi oggi prevalente, non si applica ai casi di mera imprudenza, intesa come sottovalutazione dei rischi, o a quelli di pura negligenza (concetto ancora più ampio) cui si continuano ad applicare le regole generali degli art. 1218 e 1176, comma 2, c.c. Attualmente, dunque, l'art. 2236 c.c., opera nei casi di sola imperizia da parte del professionista, dovendosene rifiutare ogni interpretazione generalizzante.In tal senso fu dapprima la Cassazione penale ad affermare questo principio, secondo cui "in materia dicolpa professionale del medico, quando l'evento venga addebitato a titolo di imperizia, la valutazione del giudice deveessere particolarmente larga nel ristretto ambito della colpa grave; mentre se l'addebito si concreta in una condottaimprudente o negligente la valutazione del giudice deve essere effettuata nell'ambito della colpa lieve per la omissionedella più comune diligenza rapportata al grado medio di cultura e capacità professionale, secondo i criteri normali e dicomune applicazione, valevoli per qualsiasi condotta colposa".[4]

[4] Cass. pen., 23 agosto 1994.

Anche la Cassazione civile si adeguò ben presto, affermando che "il medico chirurgo chiamato a risolvere un caso di particolarecomplessità, il quale cagioni al paziente un danno a causa della propria imperizia, è responsabile solo se versa in dolood in colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c. Tale limitazione di responsabilità invece, anche nel caso di interventiparticolarmente difficili, non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza od imprudenza, dei quali ilmedico risponde in ogni caso".[5] La Suprema Corte civile è pervenuta a questa conclusione osservando che, se la colpa è consistita in una mancanza di perizia, l'esame non può essere necessariamente "rigoroso", in quanto il giudice deve tener conto che la patologia è sempre condizionata, nelle sue manifestazioni concrete, dalla individualità biologica del paziente; che i dati nosologici non sono tassativi e che è sempre possibile un errore di apprezzamento dei riscontri clinici, sicché il giudizio diagnostico può, con frequenza, risultare errato. Di conseguenza, se il medico è stato imperito, egli risponde soltanto se versa in colpa grave a meno che, come si è detto, l'intervento non fosse di *routine* o di facile esecuzione. Se, invece, la colpa è consistita in una mancanza di diligenza, l'esame deve essere particolarmente rigoroso, perché la tutela della salute, che viene affidata al medico, impone a questi l'esercizio della massima attenzione.

La giurisprudenza ha ulteriormente limitato l'ambito di applicazione dell'art. 2236 c.c. attraverso un'interpretazione particolarmente restrittiva della nozione di "intervento di speciale difficoltà". Sono stati ritenuti interventi di non speciale difficoltà, ad esempio un intervento di polipectomia endoscopica,[6] la corretta immobilizzazione

[5] Cass. civ., Sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440.
[6] Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791.

delle articolazioni di un arto ustionato,[7] la liposuzione,[8] l'elettroshock.[9] Come emerge dalla breve casistica che precede, sono qualificate come interventi di "non speciale difficoltà" terapie e pratiche molto diverse: restano fuori dalla categoria soltanto gli interventi sperimentali o di altissima specializzazione.

In quest'ottica, dall'art. 2236 c.c. si evince che la diligenza richiesta al professionista nei casi in cui può essere chiamato a rispondere dei danni cagionati solo per dolo o colpa grave, anziché abbassarsi, è semmai ancora maggiore, dal momento che, proprio quando il caso si presenta difficile e maggiori sono i rischi, maggiore deve essere l'attenzione.

La norma dell'art. 2236 c.c. va allora considerata —sebbene non in senso "tecnico"— una norma speciale, non suscettibile di analogia o di interpretazione estensiva per cui, al di fuori del presupposto in essa espressamente previsto (la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), tornano ad essere applicabili —e devono essere applicate— le norme generali in materia di responsabilità. Pertanto, sotto il profilo probatorio, in caso di prestazioni mediche "fuori dall'ordinario" che implicano la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il danneggiato dovrà dimostrare in giudizio il dolo o la colpa grave del professionista per riuscire ad ottenere il risarcimento; invece, per le altre prestazioni che rientrano nella "normalità" dell'attività svolta dal professionista, non è necessario il medesimo rigore.

Da sottolineare inoltre che, sebbene sia collocato tra le norme che disciplinano il contratto d'opera intellettuale, l'art. 2236 c.c. è ritenuto applicabile direttamente anche in ambito extracontrattualein ragione della *ratio* della norma.

[7] Cass. civ., Sez. III, 3 marzo 1995, n. 2466.
[8] Trib. Roma, 17 dicembre 1998.
[9] Cass. civ., Sez. III, 15 dicembre 1972, n. 3616.

5. RESPONSABILITÀ DEL MEDICO E DELLA STRUTTURA SANITARIA

Si è già avuto modo di segnalare come la responsabilità del medico sia ormai qualificata come contrattuale, indipendentemente dal tipo di rapporto (libero-professionale o meno) tra medico e paziente. La tesi della responsabilità contrattuale da contatto sociale, il cui fondamento è stato individuato dalla storica sentenza della Cassazione n. 589 del 22 gennaio 1999, è ormai prevalente: nel momento in cui il medico accetta di curare il paziente, instaura con lui un contatto sociale che, unito all'affidamento che il paziente ripone nelle sue capacità, fanno del medico un soggetto tenuto ad obblighi specifici, di carattere positivo e di natura terapeutica, analoghi a quelli che sarebbero derivati da un tradizionale rapporto contrattuale.

In un primo tempo, come si è visto, la giurisprudenza si è limitata a ricostruire un rapporto obbligatorio particolare, nel quale è stato ravvisatosolo un obbligo di protezione (l'obbligo del medico di proteggere la sfera del paziente ed il suo interesse terapeutico) e non anche un obbligo primario di prestazione, che implicherebbe, invece, la fonte contrattuale. In seguito, la giurisprudenza si è spinta oltre: con la già ricordata sentenza n. 8826 del 13 aprile 2007, la Suprema Corte ha affermato che dal contatto sociale discenderebbero, in applicazione del principio di buona fede oggettiva, non solo obblighi di protezione, ma anche obblighi di prestazione, che si modellano su quelli del contratto d'opera professionale, pur in assenza di quest'ultimo.

Quanto alla struttura sanitaria, mentre è pacifico che la casa di cura privata risponda del danno causato dal medico ad essa legato da un rapporto di lavoro dipendente,

maggiori problemi ha sollevato l' ipotesi in cui il medico autore del fatto illecito non fosse dipendente della clinica privata, ma avesse semplicemente utilizzato le strutture di questa per l'esecuzione dell'intervento.

Per molto tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che la responsabilità della struttura ospedaliera privata, per il fatto illecito commesso dal medico nell'esecuzione di un intervento, potesse essere affermata *de plano* soltanto *ex* art. 2049 c.c. o ex art. 1228 c.c. Nella prima ipotesi si poteva avere responsabilità nel caso in cui il medico fosse un lavoratore dipendente della casa di cura. Invece la responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c. poteva sorgere qualora il contratto, avente ad oggetto l'esecuzione di un intervento chirurgico, fosse stato stipulato direttamente con la casa di cura, che aveva poi provveduto alla scelta del professionista.

Negli altri casi (la maggioranza) in cui era il paziente stesso a scegliere il medico, il quale a sua volta lo invitava a farsi operare presso una clinica alla quale non era legato da alcun rapporto di lavoro dipendente, diventava problematico individuare una responsabilità della casa di cura. Infatti quest'ultima poteva agevolmente eccepire, da un lato, che l'impegno assunto nei confronti del paziente era limitato a fornire l'alloggio e la sala operatoria e, dall'altro, che la struttura era totalmente estranea all'operato del medico.

Per superare questo genere di eccezioni, in passato la giurisprudenza aveva lavorato quasi esclusivamente sul disposto dell'art. 1228 c.c., cercando di ravvisare un vincolo di collaborazione, fondamento della responsabilità per fatto altrui, anche nei casi in cui tra casa di cura e medico non vi fosse un rapporto di lavoro subordinato o di prestazione d'opera professionale. In tal senso, ad esempio, anni addietro una sentenza del Tribunale di Roma ritenne che

l'attività svolta da un chirurgo libero professionista presso una casa di cura privata, in virtù di un non occasionale rapporto d'esecuzione d'opera, comportava "per sua natura" un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente ed il chirurgo preposto. Da questo si trasse la conclusione che, in caso di colpa medica, sussisteva la responsabilità solidale contrattuale (*ex* art. 1218 e 1228 c.c.) ed extracontrattuale (*ex* art. 2049 c.c.) della casa di cura.[10] Altri giudici, sempre al fine di applicare l'art. 1228 c.c. nei rapporti tra casa di cura e medico responsabile del danno, hanno ritenuto di ravvisare un qualche potere di vigilanza della prima sul secondo.[11]

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha, invece, ritenuto inappagante il richiamo all'art. 1228 c.c., in quanto il preteso potere di vigilanza e controllo della struttura sul medico stesso (presupposto per l'operatività dell'art. 1228 c.c.) può in concreto mancare del tutto. Alcuni giudici di merito, di conseguenza, hanno percorso una strada del tutto nuova ravvisando nell'obbligazione del medico e della casa di cura una "obbligazione plurisoggettiva ad attuazione congiunta"; hanno infatti osservato che, in caso di colpa medica nell'esecuzione di un intervento chirurgico, la casa di cura privata risponde dei danni in solido col medico, quand'anche ciascuno di essi abbia stipulato col paziente un contratto distinto ed autonomo. La prestazione della struttura e quella del medico sono così strettamente collegate da configurare un'obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, talché ciascuno dei coobbligati obbliga anche l'altro al risarcimento.[12]

[10] Trib. Roma, 28 giugno 1982.
[11] Trib. Milano, 20 ottobre 1997.
[12] Trib. Roma, 1° giugno 2001.

La giurisprudenza di legittimità è, invece, rimasta fedele all'applicabilità dell'art. 1228 c.c., sia pure con diverse argomentazioni. In alcune pronunce si qualifica il medico come "ausiliario necessario" per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale della struttura esi individua un collegamento tra prestazione professionale e organizzazione aziendale.[13] Da ultimo, la Suprema Corte ha individuato la fonte del rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo, sorgono a carico della struttura —accanto a quelli di tipo *lato sensu* alberghieri— obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e di apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Di conseguenza la responsabilità della casa di cura nei confronti del paziente può conseguire sia all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, sia, in virtù dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale ausiliario necessario della struttura, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato: sussisterebbe comunque, infatti, un collegamento tra la prestazione medica e l'organizzazione aziendale, non rilevando in contrario la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto.

La responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente ha natura contrattuale, secondo l'opinione pressoché univoca sia della dottrina che della giurisprudenza.

[13] Cass. civ., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. civ., Sez. III, 8 gennaio 1999, n. 103.

In un primo momento la giurisprudenza della Suprema Corte sembra orientarsi verso una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria fondata sul contratto d'opera professionale in virtù degli art. 2229 c.c. e seguenti.[14] Successivamente si afferma la tendenza a configurare autonomamente la responsabilità delle strutture sanitariecome fattispecie complessa,comprensiva anche della prestazione intellettuale dei sanitari che vi prestano la loro opera, ma caratterizzata altresì da altre competenze. Si parla, al riguardo, di "prestazione di assistenza sanitaria", ovvero di "contratto atipico di spedalità".[15] In tale contratto, accanto alla prestazione principale —che è quella di assistenza medica— si ravvisano altre prestazioni accessorie e strumentali (ricovero, forniture di servizi infermieristici, ristorazione, prestazioni volte a garantire la sicurezza degli impianti e delle attrezzature, nonché sistemazione logistica, turni di assistenza e vigilanza, custodia del paziente) che indubbiamente allargano e completano gli obblighi contrattuali a carico dell'ospedale.

Per quanto riguarda la responsabilità per fatto degli ausiliari ex art. 1228 c.c., questa sussiste sia qualora il medico sia dipendente, sia qualora, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, sussista un collegamento tra la prestazione eseguita dal medico e l'organizzazione della struttura sanitaria:la circostanza che il sanitario sia medico di fiducia del paziente o comunque scelto da lui non esclude la responsabilità.[16]

[14] Cass. n. 2144/1988.

[15] Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066; nello stesso senso Cass. civ., Sez. Un., 1° luglio 2002, n. 9556; Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2005, n. 2042; Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826; da ultimo Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

[16] Cass. civ., Sez. III, 14 gennaio 2004, n. 13066; Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826; Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

In merito poi all'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili alla struttura sanitaria, la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, in più occasioni ha precisato che la responsabilità della struttura ospedaliera è direttamente imputabile alle "deficienze organizzative" o al "mal funzionamento delle apparecchiature" o "all'inappropriata turnazione del personale". Viene così in rilievo una responsabilità diretta della struttura ospedaliera per "danno da disorganizzazione": si pensi alle infezioni nosocomiali (es. bisturi non sterilizzato che trasmette epatite) oppure al malfunzionamento delle cose in custodia dell'Ospedale (macchinari non funzionanti).

In conclusione, seguendo la lettera della nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 577, del 11 gennaio 2008:

> la responsabilità della struttura sanitaria, come quella del medico da essa dipendente, hanno natura contrattuale: la prima perché l'obbligazione inadempiuta trae origine da un contratto innominato di assistenza sanitaria o di spedalità, la seconda perché si fonda sul contatto sociale tra il medico e il paziente ricoverato. E' irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile, anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene salute.

6. L'ONERE DELLA PROVA

Omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico come responsabilità entrambe di natura contrattuale, si elidono per il paziente le differenze di regime giu-

ridico a seconda che agisca nei confronti dell'ente ospedaliero o del medico dipendente, in particolare ai fini della ripartizione dell'onere probatorio.

In ordine a quest'ultimo profilo, è possibile distinguere due fasi dell'evoluzione giurisprudenziale, scandite dalla sentenza n. 13533/200 delle Sezioni Unite.

L'orientamento tradizionale, muovendo dalla qualificazione dell'obbligazione del sanitario (e della struttura sanitaria) comeobbligazione di mezzi, ne differenziava il regime probatorio (art. 1176, comma 2 e 2236 c.c.) rispetto a quello ordinario previsto dall'art. 1218 c.c. (riferibile, secondo tale tesi, alle sole obbligazioni di risultato).

Più specificamente, l'onere della prova veniva così ripartito tra le parti: spettavaal paziente provare l'inesatto adempimento del medico, ovvero le modalità di negligente esecuzione dell'intervento, eal medico provare che il caso era di particolare difficoltà. Al contrario, spettava al paziente provare che si trattava di un intervento di *routine* o comunque di facile esecuzionee al medico fornire la prova liberatoria dell'esatto adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. In quest'ultimo caso, veniva invocato sul piano processuale il principio *res ipsaloquitur*: vale a dire una presunzione di responsabilità in tutti i casi in cui l'operato del medico fosse tale da rendere evidente una negligenza professionale.

I risultati sopra riassunti sono stati riletti dalla giurisprudenza più recente alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 13533, del 30 ottobre 2001, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento. Le Sezioni Unite, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le Sezioni semplici, hanno enunciato il principio secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale,

per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve fornire solo la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, e può limitarsi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, che il creditore può limitarsi ad allegare, mentre sul debitore grava l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Applicando questi principi alla responsabilità professionale del medico, la Cassazione inaugura un nuovo orientamento, secondo il quale "il paziente che agisce in giudizio [...] deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento";[17] da ultimo, la Suprema Corte ha precisato che "spetta al medico/debitore la prova della mancanza di colpa (sub specie della sopravvenienza, nella serie causale che dall'intervento ha condotto all'evento di danno, di un fatto inevitabile o imprevedibile), mentre il paziente è tenuto soltanto a provare il rapporto (nella specie, contrattuale) con il professionista e la riferibilità a quest'ultimo dell'intervento, allegando il risultato peggiorativo conseguito".[18] Più precisamente, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica,o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale è stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto e

[17] Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. n. 9085 del 2006, n. 8826 del 2007, confermate da Cass. civ., Sez. I, 10 ottobre 2007, n. 21140, e da Cass. Sez. Un., n. 577 e 584 del 2008.

[18] Cass. civ., Sez. III, 14 febbraio 2008, n. 3520.

imprevedibile. In questa nuova prospettiva, "la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà".[19]

Significativa èanche un'affermazione pressoché coeva: "la prova dell'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e della diligenza nell'adempimento è sempre riferibile alla sfera d'azione del debitore, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore".[20]

Quindi, per il c.d. principio di "vicinanza della prova", compete al medico, che è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, nonché del bagaglio conoscitivo necessario, provare l'esatto adempimento o l'incolpevole inadempimento. Con la precisazione, peraltro, che la prova dell'assenza di colpa cui è tenuto il medico (e, con lui, la struttura sanitaria) non va intesa come "prova negativa", bensì come prova positiva del fatto contrario (ovvero che la prestazione è stata eseguita diligentemente).

La più recente giurisprudenza, inoltre, nello sconfessare l'assunto di base della natura dell'obbligazione sanitaria in termini di obbligazione di mezzi (sul rilievo secondo il

[19] Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297.
[20] Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488.

quale il medico c.d. "strutturato" e l'ente sanitario "sono contrattualmente impegnati al risultato dovuto..., quello cioè conseguibile secondocriteri di normalità, da apprezzarsi in relazione alle condizioni del paziente, alla abilità tecnica del primo e alla capacità tecnico-organizzativa del secondo"), ha ulteriormente precisato che il mancato conseguimento del risultato normalmente ottenibile non si ha solo nel caso di aggravamento dello stato morboso del paziente, ma anche nel caso di mancato miglioramento, il quale rende inutile l'intervento effettuato e, pertanto, si caratterizza anch'esso come insuccesso.[21]

Si ribadisce, infine, che "all'articolo 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, giacché incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto".[22]

A proposito del criterio della vicinanza alla prova, tuttavia, è vero che, per taluni aspetti, soprattutto in caso di interventi chirurgici, il medico è a diretto contatto con il corpo del paziente, e quindi è la parte meglio in grado di sapere e documentare ciò che è avvenuto durante l'esecuzione dell'attività professionale; ma è anche vero che in molti casi egli non riveste alcuna posizione privilegiata per la conoscenza dei fatti da accertare nel giudizio di responsabilità, magari perché tali fatti sono avvenuti prima o dopo il suo intervento oppure, appunto, durante l'attività professionale o sotto la vigilanza di un altro sanitario: si pensi, ad esempio, alla diagnosi, alle complicazioni post-operatorie o alle terapie farmacologiche. Anzi,

[21] Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.
[22] Cass. n. 8826/2007.

il più delle volte la parte maggiormente vicina alla prova è il paziente, perché accusa i sintomi, conosce il proprio stile di vita, ha tenuto condotte eventualmente autolesive, sa (o dovrebbe sapere) la propria storia clinica, oppure è al corrente di episodi di familiarità riguardo ad alcune patologie: sono tutte circostanze che spesso solo il paziente conosce e che il medico non potrebbe né ricostruire né dimostrare, ad esempio a causa dell'incoercibilità dei c.d. *screening* o della natura c.d. "sensibile" delle informazioni sanitarie (che non possono essere acquisite senza il consenso dell'interessato).

7. NESSO DI CAUSALITÀ, COLPA E ONERE DELLA PROVA

In più occasioni la Cassazione ha precisato che solo dopo l'accertamento del nesso di causalità è possibile passare alla valutazione dell'elemento soggettivo della colpa. Sovente, tuttavia, in alcune pronunce giurisprudenziali, i due profili si intrecciano al punto da confondersi, specie a seguito dell'evoluzione di un concetto di colpa oggettiva, valutata in base a standards generali di comportamento.

Una recente sentenza della Cassazione[23] ha, pertanto, avvertito l'esigenza di procedere ad una accurata ricognizione del complesso rapporto intercorrente tra nesso causale e colpa nella responsabilità medica, tracciandone i profili distintivi, specie sul versante probatorio. In particolare: "il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che corre —su di un piano strettamente oggettivo, e secondo una ricostruzione di tipo sillogistico— tra un comportamento (dell'autore del fatto) astrattamente considerato (e non ancora qualificabile come damnumi-

[23] Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997.

niuriadatum), e l'evento dannoso; nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento si prescinde in prima istanza da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto "oggettivata", da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto di previsione insito nella fattispecie della colpa (elemento qualificativo del momento soggettivodell'illecito, motivo di analisi collocato in un momento successivo della ricostruzione della fattispecie)":

La colpa è invece elemento soggettivo della fattispecie illecita, essa è "la misura dell'avvedutezza dell'agente nel porre in essere un comportamento; anche laddove sia intesa come giudizio relazionale "oggettivato" (in base a standards generali di comportamento) è pur sempre "valutazione di comportamento", valutazione, dunque, inscritta tout court all'interno della relativa dimensione soggettiva".

In altri termini, il nesso causale, "al di là e prima di qualsivoglia analisi di prevedibilità/evitabilità soggettiva, è, puramente e semplicemente, la relazione esterna intercorrente tra comportamento ed evento, svincolata da qualsivoglia giudizio di prevedibilità soggettiva: la rigorosa oggettivazione del concetto di eziologia dell'evento consente di tenere irrinunciabilmente distinti i due piani di analisi strutturale dell'illecito, fungendo la colpa come limite alla oggettiva predicabilità della responsabilità una volta accertata la relazione causale tra la condotta e l'evento".

Evidenziata la necessità di una valutazione cronologicamente e logicamente successiva dei due profili, la Corte puntualizza la diversità dei due elementi costituitivi del fatto illecito quanto all'onere probatorio. Il positivo accertamento del nesso di causalità deve formare oggetto di prova da parte del danneggiato-paziente, in quanto elemento costitutivo della domanda risarcitoria; la colpa medica, in-

vece, alla luce dell'orientamento ormai ampiamente condiviso, deve essere solo allegata dal paziente, gravando *ex adverso* sul medico la prova liberatoria della diligenza.

In ordine, poi, ai criteri di valutazione,l'accertamento del nesso di causalitàva compiuto secondo criteri "*a*) di probabilità scientifica, ove questi risultino esaustivi; *b*) di logica aristotelica, se appare non praticabile (o insufficientemente praticabile) il ricorso a leggi scientifiche di copertura", con l'ulteriore precisazione che, nell'illecito omissivo, la valutazione del nesso causale segue un processo più complesso, che deve verificare "il collegamento evento/comportamento omissivo in termini di probabilità inversa, onde inferire che l'incidenza del comportamento omesso si pone in relazione non/probabilistica con l'evento". I criteri funzionali all'accertamento della colpa medica risultano, invece, quelli: "*a*) della natura, facile o non facile, dell'intervento del medico; *b*) del peggioramento o meno delle condizioni del paziente; *c*) della valutazione del grado di colpa di volta in volta richiesto (lieve, nonchè presunta, in presenza di operazione "routinarie"; grave, se relativa ad interventi che trascendono la preparazione media ovvero non risultino sufficientemente studiati o sperimentati, con l'ulteriore limite della particolare diligenza e dell'elevato tasso di specializzazione richiesti in tal caso); *d*) del corretto adempimento dell'onere di informazione e dell'esistenza del conseguente consenso del paziente".

Esemplificando, qualora il comportamento del sanitario sia astrattamente configurabile in termini di gravissima negligenza, ma il paziente muoia (*illico et immediate*, e prima che la negligenza possa spiegare i suoi effetti causali sull'evoluzione del male) per altra patologia, (anche solo) "probabilmente" indipendente dal comportamento del sanitario, l'indagine sulla colpevolezza del medico è (o dovrebbe essere) preclusa dalla interruzione del nesso causale tra il suo comportamento (omissivo o erroneamente commissivo) e l'evento.

All'indomani della storica pronuncia delle Sezioni Unite del 2001 —che, come si è visto, ha consentito al danneggiato di limitarsi ad "allegare" l'inadempimento del debitore, senza doverlo dimostrare— è apparso necessario valutarne le ripercussioni sulla responsabilità medica.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente,[24] almeno fino al gennaio del 2008, il regime probatorio della causalità atteneva non alla prova della condotta, ma alla prova del danno che tale condotta aveva cagionato. Pertanto, competeva al paziente-creditore dimostrare che l'errore medico (allegato) aveva causalmente prodotto il danno lamentato, mentre il fallimento della relativa prova (o la prova contraria) impediva ogni ulteriore valutazione degli aspetti soggettivi del comportamento, quantunque predicabili in termini di gravissima negligenza, non essendo lecito procedere ad una sorta di "compensatioculpaecum causa".[25]

L'orientamento è stato abbandonato con la tornata di sentenze delle Sezioni Unite dell' 11 gennaio 2008, relative, nello specifico, ai danni da emotrasfusioni infette. Due le ragioni fondamentali dello storico *revirement*, consacrato, in particolare, nella pronuncia n. 577: da un lato, il definitivo tramonto della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultati; dall'altro, la valorizzazione dell'autonomia della causalità civile rispetto a quella penale (quanto meno sotto il versante probatorio).

Punto di partenza della nuova lettura dell'onere della prova in punto di causalità nell'inadempimento è, infatti,

[24] V., per tutte, Cass. n. 7997/2005.

[25] Cass. civ, Sez. III, 24 maggio 2006, n 12362; Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085 e Cass. civ., Sez. II, 31 luglio 2006, n. 17306.

la presa d'atto che la "distinzione traobbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, [...] se può avere una funzionedescrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onereprobatorio", dal momento che "in ogni obbligazione si richiede la compresenza siadel comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile". Ciò posto, si statuisce che "l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno". Competerà, quindi, al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi èproprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

8. La perdita di *chance* nella responsabilità medica

Ciò che caratterizza la *chance* rispetto ad altre situazioni in cui il soggetto aspira ad un risultato favorevole è il fatto che il risultato dipende, oltre che dalla condotta altrui, anche da circostanze fortuite ed aleatorie.

Nel settore della responsabilitàmedica, la *chance* ha assunto, col tempo, un significato sensibilmente diverso da quello originario: non più quello di elemento di valutazione del collegamento causale tra condotta del medico e lesione della salute o della vita (o comunque tra condotta e mancato raggiungimento della guarigione), ma quello di oggetto stesso della lesione, il cui sacrificio priva il soggetto della possibilità di conseguire un esito favorevole.

Sul punto fondamentale, per la sua valenza ricostruttiva, appare la sentenza della Suprema Corte del 4 marzo 2004, n. 4400. Nel caso di specie, la Corte era chiamata a decidere sulla sussistenza o meno della responsabilità dell'ente ospedaliero per la morte di un paziente al quale non era stato prontamente diagnosticato dal personale di pronto soccorso un aneurisma; una diagnosi tempestiva avrebbe consentito il trasferimento presso una struttura attrezzata a porre in essere un intervento cheavrebbe potuto "probabilisticamente" salvare la vita del paziente. In definitiva, anche se non era possibile affermare con certezza che la morte del paziente non si sarebbe verificata, in ogni caso era certoche il paziente avesse "perso, per effetto di dettoinadempimento, delle chances, che statisticamente aveva, anche tenuto conto dellaparticolare situazione concreta (segnatamente se si era portato in ambienteospedaliero)".

Nella cornice giurisprudenziale così delineata, un tassello ulteriore viene fornito dalla decisione della Suprema Corte n. 23846 del 18 settembre 2008. Nel caso di specie, due sanitari attribuivano a "bolle d'aria di natura nervosa" i dolori in realtà derivanti da un carcinoma epatico, determinando un ritardo nella diagnosi di circa un mese, ritardo che comunque non avrebbe inciso sulla accertata "inevitabilità" della morte della paziente, ma solo sulla durata della vita residua. Mentre i giudici di merito rigettavano la domanda proprio sulla base del rilievo che una diagnosi tempestiva non avrebbe impedito la morte della vittima, quelli di legittimità decidono diversamente: una tempestiva diagnosi avrebbe assicurato alla danneggiata una migliore qualità della vita e diminuito le sofferenze in ragione dell'anticipata somministrazione dei farmaci (prescritti in conseguenza della diagnosi) e della minore invasività dell'intervento (da effettuare su masse tumorali

di più ridotte dimensioni), oltre ad aumentare —seppur marginalmente— le sue aspettative di vita e permetterle di disporre di un maggior tempo per "programmare il suo essere persona" in vista dell'*exitus*. In definitiva "non è di per sé ragione giustificativa per negare la risarcibilità della perdita della *chance*, cioè per negare che essa sia in sostanza una "perdita", la mera circostanza che essa non sia tale da determinare presuntivamente o probabilisticamente la consecuzione del risultato". *Ne consegue, pertanto*, che "quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una *chance* di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale *chance* è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della *chance* avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione".

In sintesi, perché la perdita di *chance* riceva tutela risarcitoria, devono sussistere i seguenti presupposti:

1. In primo luogo, che il bene finale (ad es. salute o vita) sia originariamente in pericolo, altrimenti non avrebbe senso parlare di *chance* (di guarigione o di sopravvivenza);
2. Che sussista la colpa del debitore-danneggiante;
3. Che manchi la prova della sussistenza del nesso causale tra condotta e carenza di risultato, nel qual caso la *chance* non è valutata come oggetto di danno ma come elemento di verificazione del nesso di causalità materiale;

4) Infine, che sussista il nesso causale tra condotta del medico e perdita di *chance* (che, ad esempio, nel caso di condotta omissiva, una condotta positiva avrebbe posto il paziente in condizione di guarire o di sopravvivere per il tempo dettato dall'aspettativa naturale di vita, oppure per quello realisticamente plausibile a causa della patologia in atto).

9. LA RILEVANZA DELLE CONCAUSE NATURALI

Sino al 2009, in tema di concorso tra cause naturali (o, comunque, non imputabili) e cause imputabili, la giurisprudenza della Suprema Corte era allineata nel ritenere che o "le condizioni ambientali —o i fattori naturali— che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo [sono] sufficienti a determinare l'evento di danno, indipendentemente dal comportamento medesimo", *ed allora* "l'autore dell'azione o dell'omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale"; *o, invece*, "quelle condizioni non [possono] *dar* luogo, senzal'apporto umano, all'evento di danno", ed allora "l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità", *non potendo in tal caso* "operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile".[26]

[26] Cass. civ. Sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, analogamente a giurisprudenza precedente della Suprema Corte.

In altri termini, la concausa naturale rilevava solo se idonea ad interrompere il nesso causale tra la condotta umana e l'evento; altrimenti veniva ritenuta irrilevante e il danneggiante era tenuto a rispondere per l'intero danno non certo per l'irrilevanza causale del fatto naturale ma, più semplicemente, per una scelta volta a tutelare il danneggiato a scapito del danneggiante in accoglimento del brocardo *qui in re illicitaversaturetiam pro casutenetur*.

Tale orientamento è stato criticato da una parte della dottrina che ha proposto di approdare ad una ripartizione del danno commisurata all'apporto causale di ciascuna concausa (c.d. *liabiltyapportionment*), cosicché ciascun soggetto rimanga obbligato al risarcimento dei solidanni direttamente riconducibili alla concausa a lui imputabile, rimanendo a carico del danneggiato il rischio delle cause ignote.

Con sentenza 16 gennaio 2009, n. 975, la Corte di Cassazione si è discostata dall'orientamento sino ad allora condiviso, modificando la regola operante in ipotesi di concorso tra cause umane e naturali. La vicenda giudiziaria trae origine da un caso di intervento chirurgico con esito infausto, dovuto ad un infarto del miocardio. Dall'autopsia era emerso che i sanitari, nel compiere l'intervento, avevano erroneamente perforato il tratto protesico dell'aorta del paziente. I congiunti della vittima hanno agito in giudizio sostenendo che tale perforazione aveva causato una emorragia, sviluppatasi nell'arco di tre giorni, che aveva condotto all'infarto e, quindi, alla morte del paziente. La sentenza ha affermato che, qualora la produzione di un evento dannoso, quale la morte di un paziente, sia riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla situazione patologica del soggetto deceduto (la quale

non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause, onde attribuire all'autore della condotta dannosa la parte di responsabilità correlativa, così da lasciare a carico del danneggiato il peso del danno riconducibile al suo stato personale.

Secondo la Corte, in particolare, "qualora la produzione dell'evento dannoso risalga, come a sua causa, alla concomitanza di una azione dell'uomo e di fattori naturali (i quali ultimi non siano legati alla prima da un nesso di dipendenza causale) non si può accogliere la soluzione della irrilevanza di tali fattori". Il dispositivo della sentenza sembra ispirato a considerazioni che affondano le proprie radici nell'ambito dell'accertamento del rapporto causale: afferma, infatti, la Cassazione che "a parte il ricordato principio di equità, vi sono ragioni logico giuridiche che consentono di procedere ad una valutazione della diversa efficienza causale delle varie concause e di escludere che l'autore della condotta umana debba necessariamente sopportare nella loro integralità le conseguenze dell'evento dannoso". Più precisamente, nell'approdare a tale conclusione, la Suprema Corte ha affrontato espressamente i discussi rapporti dell'art. 2055 c.c. con l'art. 1227, comma 1, c.c. In particolare, ha ritenuto opportuno interpretare l'art. 2055 c.c. in modo da ridimensionarne l'ambito applicativo, stabilendo che la solidarietà prevista da tale norma possa applicarsi solo alle concause imputabili a soggetti diversi e non anche a quelle non imputabili ad alcuno. Ha ritenuto, inoltre, che nell'art. 1227 c.c.

> è preciso il riferimento della possibilità della scissione [...] del nesso causale sulla base del principio che la responsabilità va proporzionata alle conseguenze che si riconnettono ad una

determinata causa imputabile. Sotto la medesima ratio si può ricondurre il caso in cui l'evento letale sia la conseguenza del concorso della condotta del sanitario con la situazione patologica del soggetto deceduto, non essendovi ragione per usare al fattore causale meramente naturale un trattamento diverso rispetto a quello riservato al fatto dello stesso danneggiato.

La sentenza della Suprema Corte appena illustrata sembra aprire nuovi scenari nei rapporti tra accertamento del nesso causale e *quantum debeatur*, poiché indica la necessità di lasciare a carico del danneggiato (anziché spostarla sul danneggiante) la quota del danno che potrà dirsi riconducibile a concause naturali. Viene così superata la rigida contrapposizione tra sussistenza/insussistenza del nesso causale (e conseguente riconoscimento/negazione dell'intero risarcimento), in altri ordinamenti conosciuta come teoria dell'*all or nothing*e bollata dalla dottrina più recente come visione "ottocentesca" della causalità.

Conclusivamente, la decisione della Suprema Corte n. 975/2009 sembra offrire incoraggiantisegnali di apertura alla tesi —fino a quel momento minoritaria— dell'ipotizzabilità di una forma di responsabilità "proporzionale" o "progressiva" nei casi in cui l'accertamento del nesso causale sia incerto e ragioni di equità suggeriscano di trasferire il coefficiente di incertezza dall'*andebeatur* (accertamento del nesso causale) al *quantum* del danno risarcibile.

Una successiva vicenda giudiziaria ha, tuttavia, condotto la Suprema Corte ad esprimere opinioni di segno contrario rispetto al *revirement* del 2009.[27] La Cassazione è stata nuovamente chiamata ad affrontare la controversa questione relativa alla rilevanza/irrilevanza delle concause naturali nel caso di un bambino nato con gravissime malformazioni imputabili ad errore medico, al momento

[27] Cass.civ., Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991.

del parto. Indiscussa la colpa del sanitario, risultava invece incerto il ruolo causale della condotta medica, dal momento che il bambino, già prima di nascere, era affetto da una condizione patologica in grado di produrre invalidità. Chiamata astabilire se —in caso di evento dannoso riferibile tanto a una condotta umana imputabile che a un fattore naturale non imputabile— fosseipotizzabileuna riduzione del risarcimento per effetto dell'incidenza della concausa naturale nella produzione del danno, la Corte ha preso apertamente le distanze dal precedente di Cass. n. 975/2009.

La decisione del 2011 esclude la possibilità di adottare il modello di causalità equitativo-proporzionaleprospettato dall'orientamento precedente e torna a confermare la linea interpretativa dominante nella giurisprudenza di legittimità prima del *revirement* del 2009. Si esclude che al giudice di merito sia riservata la possibilità, nella fase dell'accertamento del "primo nesso di causa" (materiale), di procedere equitativamente, ex art. 1226 c.c., alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause, sulla base di un duplice ordine di argomentazioni, fondate rispettivamente sul profilo morfologico e su quello funzionale della causalità civile. Sotto il primo profilo, afferma la Corte, il giudizio sul nesso di casualità materiale deve ritenersi limitato alla sua sussistenza o insussistenza, "senza che siano date terze ipotesi, tantomeno in via equitativa". Quanto al secondo profilo, l'applicazione di una logica valutativa fondata sull'*aequitas* darebbe luogo ad "inestricabili difficoltà di gestione dei territori di causalità incerta", dovute all'"inquinamento" tra la valutazione *"a monte"* sulla sussistenza del nesso casuale e la selezione *"a valle"* dei pregiudizi risarcibili, nonché alla conseguente traslazione di eventuali incertezze relative al *quantum debeatur*

sul piano (logicamente e cronologicamente antecedente) dell'*andebeatur*.

La rilevanza delle concause andrebbe allora trasferita nella diversa dimensione della causalità giuridica: una volta accertata la sussistenza del nesso di causalità materiale tra il fatto e l'evento, la rilevanza degli eventuali stati patologici pregressi dovrebbe essere vagliata in sede di determinazione del danno risarcibile ex art. 1223 c.c. In sostanza, dopo aver ascritto probabilisticamente al medico la responsabilità dell'evento sul piano della causalità materiale, al giudice sarebbe rimesso il compito di tracciare i limiti della responsabilità così accertata, distinguendo tra le conseguenze pregiudizievoli quelle direttamente riconducibili al fatto lesivo (e, perciò stesso, effettivamente risarcibili) da quelle generate dalla concausa naturale o dallo stato di salute pregresso del paziente (in quanto tali irrisarcibili). Nel compiere siffatta operazione, il giudice potrebbe ricorrere allo strumento della liquidazione equitativa *ex* art. 1226 c.c., sulla base del confronto fra le condizioni del danneggiato precedenti all'illecito, quelle successive alla lesione e quelle che si sarebbero verificate se non fosse intervenuto l'evento dannoso.

L'orientamento più recente della Suprema Corte ha, quindi, censurato la soluzione adottata nel 2009 (nel senso della graduabilità della responsabilità del medico in funzione delle pregresse condizioni del paziente), in quanto confondeva i due diversi momenti del nesso di causalità: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (causalità materiale), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (causalità giuridica).

La circostanza che un paziente, prima dell'intervento rivelatosi infausto, fosse portatore di patologie pregresse non può mai comportare il *"frazionamento"* del nesso di

causalità tra condotta e danno. Tale nesso o c'è o manca, senza che sia possibile alcuna graduazione percentuale. Le pregresse condizioni di salute del paziente e, più in generale, il concorso di concause naturali alla produzione del danno vengono invece in rilievo in sede di liquidazione: più esattamente, nella selezione, tra tutte le conseguenze provocate dall'errore medico, delle sole che siano giuridicamente risarcibili, quali conseguenze immediate e dirette dell'illecito richiamate dall'art. 1223 c.c.

La Corte ha, infine, enucleatopuntuali regole operative per disciplinare, sul piano della causalità giuridica, il trattamento del concorso tra fattore umano e fattore naturale. Punto di partenza della riflessione è la netta differenziazione tra due situazioni ritenute tra loro eterogenee: da un lato, quella in cui il danneggiato risulti portatore di una mera *"predisposizione"*, ovvero di uno *"stato di vulnerabilità"*, non necessariamente portato a modificarsi con certezza in senso patologico invalidante (nel qual caso il giudice non dovrebbe procedere ad alcuna diminuzione del *quantum debeatur*); dall'altro lato, quella in cui il danneggiato presenti, già prima dell'evento dannoso, una reale e conclamata patologia tale da rendere probabile che le conseguenze dell'evento configurino un aggravamento dello stato patologico pregresso (nel qual caso, la riduzione del *quantum* risarcitorio potrebbe ritenersi astrattamente legittima, benché non automatica).

Nel valutare il più recente approdo della giurisprudenza di legittimità, non può dirsi che le preoccupazioni della Suprema Corte —in particolare escludere la possibilità che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza causale di un fattore naturale, il giudice del merito possa addivenire *ipsofacto* al frazionamento della responsabilità e al conseguente proporzionale ridimensionamento

del *quantum* risarcitorio— abbiano condotto a un risultato soddisfacente. Il dubbio sull'incidenza causale della patologia preesistente è destinato, infatti, a permanere, anche se spostato dal piano della causalità materiale a quello della causalità giuridica. Sarà, comunque,rimesso alla discrezionalità del giudice di merito ponderare l'opportunità di un ridimensionamento del *quantum* risarcitorio, anche quando la valutazione sia consentita in sede di giudizio sulla causalità giuridica e non su quella materiale.

La netta dicotomia tra causalità materiale e giuridica riaffermata dalla Corte, peraltro, sembra contraddetta dall'insufficienza di un'analisi sul nesso di causalità materiale di tipo meramente fattuale, rilevata dalla dottrina più recente che parla ormai di "inarrestabile giuridicizzazione del nesso di causalità materiale".

In ultima analisi, il problema del nesso di causalità pare "destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica" o, se si vuole, di politica del diritto".[28] Appare sempre più vero quanto, già in passato, notato dalla migliore dottrina: "assunto ad elemento tecnico il cui impiego sembra sottrarsi —in prima analisi— ad ogni operazione di politica del diritto, il nesso di causalità si rivela invece schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate; non è raro, infatti, riscontrare nella prassi giurisprudenziale una selezione degli interessi meritevoli di tutela attuata mediante il ricorso alla nozione di causalità" (Alpa). Cosicché la questione del nesso causale —lungi dal poter essere risolta in termini soddisfacenti una volta per tutte— si prospetta attraverso "scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico" (Trimarchi).

[28] Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999.

BONA, *"Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima"*, in *Corriere Giur.*, 2009.

CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005.

CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in NGCC, 2008.

CITARELLA, *Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione*, in *Resp. civ. e prev*, 2004.

DE MATTEIS, *Responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno resp.*, 2005.

FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2007.

FRANZONI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di causalità*, in *Resp. civ. prev.*, 2006.

NOCCO, *"Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia"*, in *Danno e Resp.*, 2006.

NOCCO, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti della responsabilità sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2010.

PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e Resp.*, 2009

PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007.

SCARPA, in *Responsabilitàcontrattuale e onere della prova: l'incertezza probatoria rientra fra i rischi della prestazione?*, in *Giur. merito*, 2007.

SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003.

TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008.

Giurisprudenza di legittimità

Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 1964, n. 351.
Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174.
Cass. civ., Sez. III, 15 dicembre 1972, n. 3616.
Cass. civ. Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716.
Cass. pen., 12 luglio 1991, n. 371.
Cass. civ., Sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440.
Cass. civ., Sez. III, 1 marzo 1998, n. 2144.
Cass. civ., Sez. III, 30 agosto 1997, n. 8259.
Cass. civ., Sez. III, 24 settembre 1997, n. 9374.
Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.
Cass. civ., Sez. III, 12 settembre 2000, n. 12103.
Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533.
Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2001, n. 6386.
Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335.
Cass. civ., Sez. Un., 1 luglio 2002, n. 9556.
Cass. pen., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328.
Cass. civ., Sez. III, 4 marzo 2004, n.4400.
Cass. civ., Sez. III, 4 maggio 2004, n. 8457.
Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066.
Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297.
Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997.
Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2006, n. 11755.
Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.
Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.
Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581.
Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.
Cass. civ., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975.
Cass. civ., Sez. III, 11 luglio 2011, n. 15991.

VII. DERECHO PENAL

ALGUNOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA SOBREPROTECCIÓN A LOS JUECES POR PARTE DEL PODER JUDICIAL: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA*

RESUMEN: El artículo escrito corresponde a algunos de los delitos federales en contra de la administración de justicia cometidos por servidores públicos. Únicamente analicé tres de las treinta y cuatro fracciones previstas en el artículo 225 del Código Penal Federal, toda vez que considero que son las que con mayor frecuencia se cometen en México. No obstante ser de los delitos que más se cometen en mi país, los servidores públicos que los cometen rara vez son sancionados penalmente. La razón de lo anterior obedece a la protección constitucional que tienen algunos de ellos y que constituye un obstáculo para poder ser procesado penalmente. Aunado a lo anterior, en la legislación secundaria se contempla otra especie de fuero que no permite que se inicie proceso penal en contra de dichos servidores hasta en tanto el Consejo de la Judicatura Federal, que es el órgano de vigilancia del Poder Judicial Federal no lo determine, hecho que constituye una clara violación al principio de igualdad previsto en la constitución mexicana. Lo ideal sería que se eliminara dicho requisito por ser claramente inconstitucional.

PALABRA CLAVE: Delitos contra la administración de justicia –sobreprotección a los juzgadores–.

* Profesor de Derecho Procesal Penal Constitucional en la Escuela Libre de Derecho.

ABSTRACT: L'articolo scrito corresponde a qualche reati federali contro l'amministrazione di giustizia commesi per funzionri pubblici. Soltanto ne ho analizzato tre dalle trentacuattro frazioni dal articolo 225 dal Codice Penale federale, quelli che hanno una maggiore recurrenza nel Messico. Neppure essere i reati piú comessi nel mio paese, i funzionari pubblici che gli cometeno sono sanzionati soltanto eccezionalmente. La raggione di questo é vincolata alla protezione costituzionale che qualcuni hanno e che costituisce un' ostaculo per essere penalmente processato. In piú, nelle legge secondaria essiste altra specie di privileggio che impedisce l'inizio del processo penale in contro di quelli funzionari fino che il Consiglio della Magistratura Federale, organo di riguardo del Potere Giudiziario Federale, non lo permetta, fatto che costituisce una chiara violazione al principio d' uguaglianza istaurato per la costituzione mexicana. Lo corretto sarebbe rimuovere questo privileggio per essere anticostituzionale.

PAROLE CHIAVE: Reati contro l'amministrazione di giustizia –sottoprotezione giudici.

1. INTRODUCCIÓN

Los "delitos cometidos contra la administración de justicia", para efectos federales, se encuentran previstos en el Código Penal Federal (CPF), en su Libro Segundo, dentro del Título Decimoprimero; este Título contiene dos capítulos, el Capítulo I, nominado "Delitos cometidos por los servidores públicos", y el Capítulo II, nominado

"Ejercicio indebido del propio derecho". Pues bien, es a los delitos contenidos en el Capítulo primero que dedicaré este estudio.

El Capítulo I, antes mencionado, contiene un solo artículo mismo que corresponde al 225, y éste contiene treinta y cuatro fracciones. Para efectos del estudio que me ocupa únicamente analizaré las fracciones V, VI y VIII. A lo largo del presente trabajo el lector podrá observar las deficiencias legislativas en torno a los mencionados injustos. Los delitos previstos en este capítulo se pueden entender de forma muy sencilla; en efecto, tal como lo decía Rabasa: "Para los errores hay recursos; para la arbitrariedad el cohecho, hay la responsabilidad del mal juez y hay también la destitución, si son honrados los superiores que pueden ordenarla".[1]

Los hechos delictivos de los servidores públicos, cometidos contra la administración de justicia, generan que exista desconfianza por parte del pueblo, hacia la judicatura y a todos los servidores públicos encargados de impartir justicia. La administración de justicia debe lograr la seguridad jurídica; esto es, que se garantice a la persona que sus bienes y sus derechos no serán atacados ni sufrirán menoscabo alguno de forma ilegal. No se puede olvidar que "la función de administrar justicia, no hay duda que constituye una de las más grandes e importantes misiones del hombre sobre la tierra, porque juzgar a un semejante es, bien visto, lo que más se asemeja a la función de la divinidad".[2]

La doctrina ha sido unánime en entender que en el artículo en comento, respecto de las fracciones que se estudiarán, la *ratio legis* en los delitos contra la administración de jus-

[1] Rabasa, Emilio: *El artículo 14. Estudio constitucional*, p. 190.
[2] Hernández Pliego, Julio Antonio: *Programa de Derecho procesal penal*, p. 36.

ticia, es el buen funcionamiento de la Administración de justicia.[3]

Cualquier definición que se dé en el presente trabajo proviene del Diccionario de la Lengua Española, en caso contrario citaré en pie de página la fuente.

Además de analizar los delitos contemplados en las fracciones antes mencionadas del artículo 225 CPF, analizaré el fuero constitucional del que gozan algunos miembros del Poder Judicial tanto federal como local —Distrito Federal y Estados—, así como el fuero previsto en ordenamientos secundarios y que a mi juicio es inconstitucional por violación al principio de igualdad.

Lo anterior hace que me cuestione: ¿por qué razón existen los fueros para estas personas?, ¿por qué razón la legislación secundaria prevé además del constitucional otro tipo de fuero?, ¿tan mal hacen su trabajo dichos servidores públicos que requieren ser ultra protegidos? Una cosa he de decir, si dichos funcionarios públicos fueran honestos, no requerirían de ninguna especie de fuero.

No obstante lo anterior: "Malos jueces los hay en todas partes, capaces de condenar por encono, de absolver por amistad o de vender sus resoluciones; y este mal, no encuentra, como defecto humano más correctivo, que la mejor educación y el progreso en el desenvolvimiento moral de la sociedad en que vivimos..."[4]

A lo largo del presente artículo se desarrollan los superfueros que tienen los servidores públicos antes mencionados y se estudia la razón por la que considero que los mismos son inconstitucionales.

[3] Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 448; López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, p. 571; Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código penal para el Distrito Federal. Comentado y anotado*, pp. 560, 561. Si bien este último autor, habla del Código penal para el Distrito Federal, los tipos penales son muy similares, por lo que, desde mi punto de vista es válido lo dicho por el autor, para la materia federal. En España, Bustos Ramírez, Juan J./Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones*, p. 41; Sánchez Ocaña, Roberto, "Artículo 351", p. 669.

[4] Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional*, p. 193.

2. SUJETO ACTIVO

Respecto de los delitos previstos en el Capítulo I, del Título Decimoprimero, del CPF, en particular por lo que hace a los previstos en las fracciones V, VI y VIII, por lo que hace al *sujeto activo*, se está en presencia de un tipo especial;[5] únicamente pueden cometer estos delitos los servidores públicos, tal como lo establece el artículo 225 CPF.

Para conocer quién tiene la calidad de servidor público es necesario remitirse al artículo 212 CPF, ya que en éste se dice quién será considerado servidor público para efectos de todos los delitos previstos en el Título Décimo y el Decimoprimero. Dicho artículo reza:

> Para los efectos de este Título y el subsecuente, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.
>
> Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente.

[5] Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal*, p. 1140.

Si bien el artículo 212 CPF, establece una gama amplia de funcionarios, para efectos de los delitos contra la administración de justicia, no todos estos servidores públicos pueden cometer las conductas descritas en el artículo 225 CPF.

De conformidad con lo anterior, podrá ser autor, toda persona, cualquiera que sea su categoría, siempre que desempeñe la función de administrar justicia; esto es, de dictar resoluciones o sentencias.[6]

Los servidores públicos que formen parte de organizaciones jurisdiccionales, tales como el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, Tribunal Fiscal de la Federación, Tribunal Contencioso Administrativo, Juntas de Conciliación y Arbitraje, etcétera, tendrán cabida en dicho concepto.

No es posible la aplicación de este tipo al caso de árbitros, toda vez que los mismos no son servidores públicos.

3. REPARACIÓN DEL DAÑO

Para efectos de estos delitos, es necesario saber que el Estado, está obligado a reparar el daño, de forma solidaria, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos.[7]

4. ARTÍCULO 225, FRACCIÓN V, CPF: *Incumplir orden de superior competente*

V. No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello.

[6] Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 206.
[7] *Cfr.* Artículo 32, fracción VI, CPF.

Se está en presencia de un tipo que puede ser de acción o de omisión. El delito es de mera actividad. Es un delito instantáneo.

Por cumplir se entiende, *hacer aquello que debe o a lo que está obligado*. Ahora bien, como el adverbio de negación "no" antecede al verbo "cumplir", se dice entonces que se expresa negación. Lo que indica que el tipo se debe de leer como: no hacer aquello que se debe o a lo que se está obligado. En pocas palabras, se está ante un claro caso de desobediencia.[8]

Por disposición se entiende, precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad.

Dicha disposición deberá de ser *legalmente comunicada* —que legalmente se les comunique—. Por *legalmente* se entiende, *según ley; conforme a derecho*. Esto es, que la comunicación deberá de hacerse cubriendo las formalidades establecidas por la ley.[9]

Por *comunicar* —comunicada— se entiende, *manifestar o hacer saber a alguien algo*.

Lo legalmente comunicado deberá de ser hecho por su *superior competente*. Dicho término significa, *aquella persona que tiene otras a su cargo y que le corresponde hacer algo por su competencia*. El superior competente en el Poder Judicial Federal es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debajo de estos están los Tribunales Colegiados, posteriormente están los Tribunales Unitarios de Circuito y al final los Juzgados de Distrito.[10] Es de suma importancia aclarar que el Consejo de la Judicatura Federal, no es superior jerárquico de ningún órgano judicial federal, tal como lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se

[8] Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 203.
[9] Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal*, p. 1140.
[10] *Cfr.* Artículo 94 CPEUM; así como el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

aprecia de la siguiente tesis: *Consejo de la Judicatura Federal. No guarda una relación de jerarquía ni de dependencia con los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, Febrero de 2010; Pág. 12.*

Aunado a lo anterior, debe de entenderse que quien dicta y da la orden, debe de ser administrativamente de mayor jerarquía que quien recibe la misma y además deberá de tener competencia, esto es, que esté facultado por la ley para emitir dicha disposición que se notifica al sujeto activo.[11]

El tipo finaliza con una coletilla que reza: "sin causa fundada para ello". Esta se refiere a, *que no exista motivo o razón eficaz para no cumplir*. Esto es, que el incumplimiento sin justificación de la disposición que recibe y le es comunicada legalmente al inferior jerárquico, constituye la conducta omisiva.[12] Por lo tanto, si el mandato es ilegal, por cualquier razón, el no obedecer el mismo se considerará como atípico.[13]

La pena para quien realice esta conducta es de prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días multa.

5. ARTÍCULO 225, FRACCIÓN VI, CPF: *Prevaricación*

VI. Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de un jurado; u omitir dictar una resolución de

[11] Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal*, p. 1140; Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 454.

[12] Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 204.

[13] Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal*, pp. 1139 y 1140.

trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley.

Este tipo penal es conocido como *prevaricato* cometido por funcionarios que imparten justicia.[14]

La prevaricación consiste, en el abuso de la posición que el derecho otorga al servidor público, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales. Tal como lo decía Rabasa: "El juez íntegro, sereno y de inteligencia superior, estudia, se afana, aplica todo su entendimiento, obedece a su conciencia pura, y cuando afirma el fallo, cree haber cumplido con su deber, porque ha buscado la justicia; sólo el juez fatuo, es decir, el tonto, está seguro de haberla hecho".[15]

En la presente fracción, hay que diferenciar dos tipos comisivos que se comprenden, el primero, que es un delito de comisión, y el segundo, que es un tipo omisivo.

La primer tipo consiste en: dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de un jurado; la segunda modalidad consiste en: omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley.

Por lo que hace a la *primer tipo*, se está en presencia de un tipo mixto alternativo; toda vez que se describen diversas conductas pero como disyuntiva, separadas por la conjunción "o". Dicho tipo prevé tres modalidades delictivas.

Por *dictar*, se entenderá, *dar, expedir, pronunciar fallos, preceptos, etc*. A mi parecer, la conducta se realiza no sólo con la elaboración de la sentencia de propia mano, sino también

[14] Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 452; Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 206.

[15] Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional*, p. 152.

con su aceptación mediante la firma.[16] En opinión de Díaz de León, el dictar comprenderá "emitir y además firmar las resoluciones".[17] No coincido con el autor antes mencionado, ya que en México, quienes elaboran las sentencias, en la mayoría de los casos, son los secretarios y el juez únicamente revisa lo hecho por estos; sin embargo, para que dichos documentos sean considerados como resoluciones judiciales deberán estar firmadas tanto por la autoridad judicial como por el secretario que corresponda.[18]

El término *dictar*, hace referencia en el tipo tanto a "una resolución de fondo" como a "una sentencia definitiva"; ambas formas tienen que ser "ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley", o por "ser contraria a las actuaciones seguidas en juicio" o "al veredicto de un jurado".

Por lo que hace al término *resolución de fondo*, no se tiene un significado en la legislación procesal. Lo primero será entender que cuando el legislador habla aquí de "resolución", está haciendo mención a las resoluciones judiciales. Por *resolución judicial* se entiende, *los pronunciamientos de los jueces y tribunales a través de los cuales acuerdan determinaciones de trámite o deciden cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución de fondo del conflicto*.[19] Esto es, una resolución judicial, es una determinación del juez.

Ahora bien, procesalmente hablando, el término "resolución" es género, y dentro del mismo se comprenden, las sentencias y los autos.[20] Esto significa que toda sentencia,

[16] Sánchez Ocaña, Roberto, "Artículo 351", p. 670.

[17] Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal*, p. 1140.

[18] *Cfr.* Artículo 98 Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP).

[19] Fix-Zamudio, Héctor: "Resoluciones judiciales", p. 274. En sentido similar, Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho procesal civil*, p. 713; De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 265.

[20] *Cfr.* Artículo 94 CFPP. En el CPPDF, en el artículo 71, se dice que: "Las resoluciones judiciales se clasifican en decretos, sentencias y autos: Decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; sentencias, si terminan la

es una resolución de fondo;[21] lo que podría hacer pensar, que fue un error del legislador la forma como está redactado el precepto penal; sin embargo, a mi parecer, pensar así sería incorrecto, ya que si así fuere, nunca podrían tener cabida las resoluciones en materia laboral, porque éstas no son sentencias, sino laudos; esto es, si bien en algunas materias en la rama procesal, la sentencia siempre será una resolución de fondo, no será así en todas las materias, como es el caso laboral, en donde, un laudo, será una resolución de fondo, pero técnicamente hablando no se llama sentencia. De lo anterior se colige, que lo hecho por el legislador fue correcto, al diferenciar, resolución de trámite, resolución de fondo y sentencia.

En materia laboral, las resoluciones laborales, pueden ser, de conformidad con el artículo 837 Ley Federal del Trabajo, párrafos II y III, autos incidentales o resoluciones interlocutorias y laudos. Por *autos incidentales o resoluciones interlocutorias*, se comprenden aquellas que se circunscriben a la resolución de incidentes; esto es, a los mini-procesos que se dan en el proceso mismo y que inciden en él impidiendo su desarrollo.[22] Por *laudos*, se entenderá, las resoluciones laborales que deciden sobre el fondo del conflicto con carácter definitivo.[23]

No obstante lo anterior, si bien un laudo, no es una sentencia definitiva, en opinión de la doctrina laboral,[24] "puede considerarse el laudo como una sentencia definitiva, en

instancia resolviendo el asunto principal controvertido; y autos, en cualquier otro caso".

[21] Fix-Zamudio, Héctor, "Resoluciones judiciales", p. 275; Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 207; De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 265.

[22] Climent Beltrán; Juan B., *Elementos de Derecho procesal del trabajo*, pp. 180 y 181.

[23] Climent Beltrán; Juan B., *Elementos de Derecho procesal del trabajo*, p. 181.

[24] Climent Beltrán; Juan B., *Elementos de Derecho procesal del trabajo*, p. 181; Tena Suck, Rafael/Ítalo Morales, Hugo, *Derecho procesal del trabajo*, p. 135.

función de la autoridad jurisdiccional laboral, porque no admite ningún recurso ni puede ser revocado por la Junta que lo dictó; pero sólo será firme cuando no haya sido impugnado en el término legal mediante el juicio de amparo, o si después de haberse promovido éste se haya denegado, adquiriendo el carácter de cosa juzgada..."

Ahora bien, continuando con el término "resoluciones judiciales", no todas tienen el mismo objeto ni idéntica trascendencia.[25] De esto que surja la duda: ¿cuándo una resolución es considerada de fondo y cuándo de trámite?

La doctrina, no ha sido pacífica,[26] así, en opinión de Colín Sánchez, "todas las resoluciones judiciales habrán de referirse a 'cuestiones de fondo'. Nada, a mi entender, es 'de mero trámite'..."

Independientemente de la postura antes mencionada, considero, realizando una interpretación teleológica, que cuando el legislador habló de resolución de fondo, consideró a los "autos", ya que como opina un sector de la doctrina,[27] *los autos son las resoluciones que dictan los órganos jurisdiccionales durante la sustanciación del proceso*. Esto es, si el legislador utilizó los términos "sentencia", "resolución de trámite" y "resolución de fondo"; lo lógico es presumir que tienen distintos significados. No hay que olvidar, que en México, durante muchísimo años, se consideró que para conocer la mayoría de los elementos del tipo, era indispensable acudir a la legislación civil, para conocer el significado de los mismos; desconociéndose de esta manera la autonomía del derecho penal para que utilice sus propios términos.[28]

[25] De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 265; Castrillón y Luna; Víctor M., *Derecho procesal civil*, p. 210.

[26] Fix-Zamudio, Héctor, "Resoluciones judiciales", p. 274, para quien: "No existe un criterio claramente establecido para delimitar las diversas resoluciones que pueden dictarse en el curso de un procedimiento judicial y esta situación la advertimos claramente en los ordenamientos procesales mexicanos en los cuales se encuentran diversos enfoques para clasificar dichas resoluciones".

[27] De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 265.

La distinción entre "decretos" y "autos", se funda en la menor o mayor trascendencia de las cuestiones sobre las que recaen;[29] si bien un sector de la doctrina,[30] considera que las leyes procesales distinguen con claridad ambos, desde mi punto de vista dicha opinión no es acertada, ya que no existe una sola ley que diga con claridad, cuáles son decretos y cuáles son autos.[31]

A mi parecer, dentro de las *resoluciones de fondo*, también tendrán cabida las *sentencias interlocutorias*, siendo éstas, las que están destinadas a la resolución de cuestiones incidentales, tales como la resolución que declara procedente la falta de personalidad en el actor, resolviendo el artículo de previo y especial pronunciamiento en que se trata esa excepción en el juicio ordinario, y la resolución que niega una nulidad procesal demandada por uno de los litigantes.[32]

Si bien, en la legislación procesal, se menciona el término "determinaciones de trámite",[33] en la misma no se explica su contenido.

El otro vocablo que se menciona en el tipo es la *sentencia*, entendiéndose por éste, *la resolución judicial en virtud de*

[28] Hernández-Romo Valencia, Pablo, "La autonomía del Derecho penal: ¿Hasta dónde llega la seguridad jurídica?", pp. 359 y ss.

[29] De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 265.

[30] De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 265; Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho procesal civil*, p. 210.

[31] En el mismo sentido, Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 456.

[32] De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, pp. 268, 269; Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 456.

[33] *Cfr.* Artículo 71 CPPDF, y 97 CFPP, en donde, en este último se lee: "Los autos que contengan resoluciones de mero trámite deberán dictarse dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde aquélla en que se haga la promoción..."

la cual el órgano jurisdiccional competente, aplicando la norma al caso concreto, decide la cuestión planteada por las partes. En pocas palabras, es el fin normal del proceso.[34] Sin embargo, el legislador utilizó el término *sentencia definitiva*, lo que complica un poco la interpretación.

Si bien ya mencioné que toda sentencia, es una resolución. En la práctica no es claro qué debe entenderse por "sentencia definitiva". En efecto, la doctrina habla de "sentencia definitiva" y "sentencia firme",[35] entendiéndose por la primera, *las que deciden la controversia en cuanto al fondo, pero que admiten medios de impugnación ante organismos judiciales de mayor jerarquía*; y por la segunda, *aquellas que no pueden combatirse a través de ningún medio de impugnación, por lo que han causado estado y adquieren autoridad de cosa juzgada*.

De lo anterior, siguiendo dichas posturas y apegándome al principio de legalidad, se podría decir, que únicamente se podrá ejercitar la acción penal cuando se trate de una resolución que decida la controversia en cuanto al fondo, pero que admite medios de impugnación ante organismos judiciales de mayor jerarquía. Sin embargo, considero que dicha interpretación es absurda; esto es, pensar que únicamente se podría ejercitar la acción penal, por lo que hace a una "sentencia definitiva" carecería de sentido, ya que sería ilógico pensar que en lo menos si se puede —sentencia definitiva— y en lo más no —sentencia firme—. Me explico.

Si la *ratio legis* es la correcta administración de justicia, trátese de una sentencia definitiva o una firme, si se vulneró la correcta administración de justicia, carece de sentido que se pueda ejercitar la acción penal sólo por lo que hace a la que admite algún medio de impugnación, mientras

[34] De Pina, Rafael/Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, p. 269.

[35] Por todos, Fix-Zamudio, Héctor, "Resoluciones judiciales", p. 275.

que por lo que hace a la que no admite ningún medio no se pueda consignar. A mi juicio, cuando el legislador penal habló de "sentencia definitiva" lo hizo en el sentido de aquella que termina la instancia resolviendo el asunto en lo principal; por lo que, desde mi punto de vista no se comprenderá a las sentencias interlocutorias, dentro de dicho término, sino que estas últimas serán consideradas como autos; esto es, tendrán cabida en el término "resolución de fondo".

No obstante lo anterior, considero que cuando el legislador utilizó el término "sentencia definitiva" lo hizo desde el punto de vista gramatical, entendiéndose por éste, *aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo o la que termina el asunto o impide la continuación del juicio, aunque contra ella sea admisible recurso extraordinario*. Tomándose de esta forma el vocablo, carecen de sentido las clasificaciones hechas por la doctrina y se cumple con el principio de legalidad, amén de no darse laguna de punibilidad alguna.

Tanto las resoluciones de fondo como las sentencias definitivas, deben de ser *ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio, o al veredicto de un jurado*.

Cuando se habla de resoluciones judiciales *ilícitas*, desde mi punto de vista, dicho término está haciendo referencia a la legalidad y no a concepciones extralegales de lo que puede considerarse justo o no. Será ilícita la resolución cuando no se adapte a los parámetros de legalidad que marca el ordenamiento, representando una contradicción con el mismo. Esto es, cuando la decisión judicial responda a una interpretación arbitraria de la norma llevada a cabo con el convencimiento de su carácter ilegal.

No tendrá cabida en la prevaricación la mera ilegalidad o error tolerable en la interpretación del derecho. De esta forma se evita una desmesurada extensión del tipo que llevaría a considerar prevaricación cualquier supuesto en que se produjese la estimación de un recurso vía judicial.[36]

Ahora bien, las resoluciones podrán ser ilícitas por: *violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio*, o *al veredicto de un jurado*.

Por lo que hace a la modalidad *violar algún precepto terminante de la ley*, se dará cuando se dicte una resolución o una sentencia definitiva, en donde no se aplica la ley aplicable, o se aplica mal —dolosamente— la ley aplicable o no se aplica la ley aplicable al caso que corresponde.[37] En pocas palabras, el juez adoptará una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la Ley aplicable al caso. Esto es, existirá una evidente ilegalidad.[38]

Esto es, el juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la Ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en la práctica judicial. Si la resolución no puede ser deducida de la Ley por alguno de estos métodos, no se le podrá considerar como una aplicación de la Ley vigente, sino como un acto voluntarista del juez.

Ahora bien, por lo que al término "ley" se refiere, habrá de entenderse a cualquier Ordenamiento hecho por el poder legislativo, que haya sido mencionado por el servidor público. Esto es, que la "ley", podrá ser de cualquier esencia, siempre que esté en vigor para su aplicación al caso

[36] Del Moral García, Antonio, "Delitos contra la administración de justicia", p. 2467.

[37] Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 209.

[38] Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 457.

concreto. Esto es, podrá haber violación de ley constitucional, procesal o sustantiva.[39]

Cuando el legislador habla de la modalidad *de ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio*, está haciendo referencia a las actuaciones judiciales. El término *actuación* —actuaciones—, en materia procesal para efectos del presente injusto se entenderá como, *la constancia escrita de los actos procesales que se practican y que, en conjunto, forman los expedientes o cuadernos de cada proceso o juicio*.[40]

Ahora bien, de conformidad con lo que establece el precepto, las actuaciones judiciales —seguidas en juicio—, deben de ser *contrarias* a la resolución que se dicta; esto es, *que se muestra completamente diferente a otra; en el extremo. Idea contraria*. En pocas palabras, que la resolución de fondo o la sentencia definitiva que dicte el servidor público, será ilícita porque es completamente diferente a las actuaciones judiciales.

Un ejemplo de esto puede ser, cuando un Juez no admite una prueba en el proceso, porque no se ofreció conforme a derecho, y posteriormente con base en esa prueba -entre otras- funda una parte de su sentencia. Es claro, que en este caso, la sentencia definitiva, que ha sido dictada, es ilícita por ser completamente diferente a lo que está en las actuaciones.

Si bien el tipo prevé la modalidad de "el veredicto de un jurado", en la actualidad en México no se lleva a cabo este tipo de proceso, por lo que no vale la pena hacer un estudio de lo referente a dicha expresión.

[39] Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal*, p. 1141; Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Parte especial*, p. 208.

[40] Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho procesal civil*, p. 68. En sentido similar, Díaz de León, Marco Antonio, *Derecho procesal penal*, p. 80. *Cfr.* Artículos 15, 16, 17, 18, 19 todos CPF.

Por lo que hace al *tipo omisivo*, el término "omitir dictar", hace referencia a "una resolución de trámite", "resolución de fondo" o "una sentencia definitiva lícita", todas estas formas, dentro de los términos dispuestos en la ley. Obsérvese como en la forma omisiva, se habla de una resolución de trámite, cosa que no se hacía en la modalidad comisiva.

Por *resolución de trámite* se entiende a: *los decretos*;[41] así como el artículo 220 Código Federal del Procedimientos Civiles (CFPV), que establece:

> Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámites; autos cuando deciden cualquier punto dentro del negocio, y sentencias, cuando decidan el fondo del negocio.

Las resoluciones de trámite en materia laboral se conocen como "acuerdos";[42] estos "acuerdos" comprenden tanto los decretos como los autos a los que hace mención del CFPC, ya que, tal como lo establece la LFT, abarcan además de las "simples determinaciones de trámite", la decisión de cualquier cuestión dentro del negocio, siempre que ésta no tenga el carácter de un pronunciamiento de derecho sobre el fondo ni sobre cuestiones incidentales. Ejemplos de acuerdos, son: acuerdos de simple determinación de trámite, acuerdo que decide una cuestión dentro del negocio, siempre que no se trate de un incidente, etc.[43]

Por lo que hace a los términos "resolución de fondo" y "sentencia definitiva", es válido lo dicho previamente. Es importante que se note que en el tipo omisivo se habla de "sentencia definitiva lícita", esto es, conforme a derecho;

[41] Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, p. 288; Blanco Escandón, Celia, *Derecho procesal penal*, p. 73.

[42] *Cfr.* Artículo 837, fracción I, LFT.

[43] Climent Beltrán; Juan B., *Elementos de Derecho procesal del trabajo*, p. 180.

cosa distinta a lo que se exige en el tipo comisivo que hace mención a una sentencia definitiva ilícita.

Cualquiera de las resoluciones previamente mencionadas, deberán de omitirse dictar "dentro de los términos dispuestos en la ley". Por *término* se entiende, *momento en el cual se ha de realizar un acto procesal; por tanto se fija por fecha e incluso por hora*.[44]

Como no se hace mención a un tipo de ley, tendrá cabida cualquiera. Así, por ejemplo, el artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción VIII, establece un término para que cualquier persona sea procesada, este reza:

> Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

También el artículo 97 CFPP establece:

> Los autos que contengan resoluciones de mero trámite deberán dictarse dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde aquella en que se haga la promoción; los demás autos, salvo lo que la ley disponga para casos especiales dentro de tres días y la sentencia dentro de diez días a partir del siguiente a la terminación de la audiencia; pero si el expediente excediere de quinientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día más del plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

No obstante lo anterior, la realidad es que en casi todos los tribunales existe rezago; esto trae como consecuencia que no se dicten las resoluciones dentro del término establecido por la ley.[45] Ahora bien, este retraso implica

[44] Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal*, p. 2533.

[45] López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, p. 573.

también una sanción administrativa, lo que hace que surja duda sobre la violación al principio de mínima intervención.[46]

La expresión "a sabiendas" indica que estamos en presencia de un delito meramente doloso, pero que además únicamente puede ser cometido a través del dolo directo. No es posible realizar este injusto a través del dolo eventual.[47] Es necesario el dolo directo, esto es, la conciencia de que la resolución que se dicta se aparta de la legalidad.

Este tipo establece una pena de prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días multa. Aunado a esta pena se aplicará la destitución e inhabilitación de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Así lo establece el artículo 225 CPF.

Desde mi punto de vista dicho precepto viola el principio de proporcionalidad, ya que, *primero*, no es lo mismo dictar una sentencia definitiva, que un auto o un decreto, y no puede considerarse que la afectación sea la misma en las tres resoluciones antes mencionadas; *segundo*, una sentencia definitiva no tendrá las misma consecuencias en materia penal, que en materia civil/mercantil, o administrativa. De conformidad con lo anterior, considero que sería ideal que la pena se modificara, dependiendo de la resolución que se emita, y de la materia de que se trate.[48] Dicha clasificación ya se ha hecho, en otros tipos previstos en el CPF, como se aprecia en el artículo 247 Bis, CPF.

Cabe la posibilidad de *concurso* con el delito de cohecho, previsto en el artículo 222, fracción I, CPF. También cabe

[46] En sentido similar, López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, p. 573.

[47] Carrancá y Trujillo, Raúl/Carrancá y Rivas, Raúl, *Código penal anotado*, p. 639. En este sentido en España, *Del Moral García, Antonio*, "Delitos contra la administración de justicia", p. 2467.

[48] Es así como se hace en España. *Vid*. Artículo 446 del Código penal español.

la posibilidad de concurso en relación con el delito de detención ilegal, previsto en el artículo 364, fracción II, CPF.

6. ARTÍCULO 225, FRACCIÓN VIII, CPF: *Retrasar o entorpecer la administración de justicia*

VIII. Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia.

Por *retardar* se entiende, *diferir*, *detener*, *entorpecer*, *dilatar*. La importancia de dicho verbo, es de gran trascendencia, ya que todas las personas tienen derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal como lo establece el artículo 17 constitucional que reza:[49] "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial".

Por *entorpecer* se entiende, *retardar*, *dificultar*.

De lo anterior, que a mi parecer haya sido innecesario la utilización de los dos vocablos antes mencionados, toda vez que, de su significado gramatical se puede afirmar que el que entorpece está retardando.

Respecto del término *maliciosamente*, se está en presencia de un elemento subjetivo específico, que hace referencia a la intención de cómo se puede llevar a cabo la conducta. Por *malicia* —maliciosamente— se entiende, *cualidad por la que algo se hace perjudicial y maligno*. De conformidad con lo anterior, un retraso será malicioso cuando sea efectuado para perjudicar a una de las partes.[50]

[49] En sentido similar, Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 454.

[50] En este sentido, Del Moral García, Antonio, "Delitos contra la administración de justicia", p. 2471.

El tipo también prevé que la conducta se pueda realizar "por negligencia"; esto es, que se prevé que el tipo pueda realizarse de forma culposa.[51] Si bien dicho término implica la realización culposa, en virtud de que el CPF sigue el sistema de *números clausus* respecto a los delitos culposos, como se puede observar en el artículo 60, párrafo segundo, que reza: "Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código", considero que no tendrá cabida dicha modalidad, toda vez que no está prevista en dicho catálogo.

Esto es, al no hacerse mención en dicho catálogo que la conducta prevista en el artículo 225, fracción VIII, CPF, no puede realizarse de forma imprudente; si un miembro del poder judicial realiza dicha modalidad, su conducta quedará impune; ya que como no está contemplada en el catálogo de los delitos que se pueden llevar a cabo de forma culposa.[52]

Aquello que se retardara debe de ser la administración de justicia, entendiéndose por dicho término, *la gestión del sistema judicial y de su actividad*.

La pena para quien cometa este delito será de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa.

Una vez conocidas algunas de las figuras delictivas que más se cometen en México, es momento de entrar al punto medular del presente trabajo y que es lo relativo a la súper protección que se les brinda a dichos servidores públicos, sin que exista fundamento alguno constitucional para dicha sobreprotección.

[51] Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 454; Sánchez Ocaña, Roberto, "Artículo 351", p. 675.

[52] En sentido similar, Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, p. 454.

7. EL FUERO PARA ALGUNOS MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL TANTO FEDERAL COMO LOCAL PREVISTO EN LA CPEUM

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se establece en su artículo 13 que: *"Ninguna persona o corporación puede tener fuero"*, en dicho artículo se está en presencia de lo que se conoce como la garantía de igualdad;[53] esto es, todas las personas tienen las mismas obligaciones y los mismos derechos.[54] En pocas palabras: *no puede existir privilegio alguno*;[55] se prohíben los fueros personales.[56]

No obstante lo anterior,[57] en el mismo Ordenamiento, varios artículos posteriores, exactamente en el artículo 111, se determina que para proceder penalmente en contra de algunos funcionarios del poder judicial federal se requiere que la Cámara de Diputados declare por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.[58] Así mismo, en el mismo

[53] Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introductorio*, pp. 101 y 102; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, p. 243; Padilla, José R., *Las garantías individuales*, p. 91.

[54] Padilla, José R., *Las garantías individuales*, p. 91.

[55] Padilla, José R., *Las garantías individuales*, p. 91; Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, p. 81.

[56] Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introductorio*, p. 103; Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, p. 82; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, p. 100.

[57] En sentido similar, Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, pp. 97, 98, para quien dicho artículo: "...carece de sistematización; su redacción es deficiente, no está acorde con su contexto constitucional..."

[58] Como se puede apreciar, la contradicción es patente.

artículo se establece, que para proceder penalmente por delitos federales en contra de los Magistrados de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, entre otros, se requiere una especie de desafuero.[59] Como se puede apreciar, esto implica una clara inmunidad,[60] en donde para proceder penalmente en contra de dichos funcionarios se tiene que quitar el obstáculo procesal; esto es, desaforarlos.[61] Nótese cómo, primero se establece que no puede haber fueros[62] y después se establece una especie de fuero.[63] En pocas palabras, lo que anteriormente se conocía como fuero hoy se conoce como inmunidad, y para poder eliminar dicho obstáculo procesal se requiere de la declaratoria de procedencia.[64]

En virtud de que en la propia CPEUM se observa una clara antinomia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho por jurisprudencia que no puede haber inconstitucionalidad de la propia constitución, lo que indica que

[59] Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, p. 690.

[60] Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, p. 689; Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, p. 130.

[61] Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, p. 689; Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, p. 130.

[62] Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, p. 291; Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, pp. 128 y ss.

[63] Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introductorio*, p. 103; Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, p. 84, en opinión de dicha tratadista: "...la Constitución instituye fueros diversos con sus respectivos tribunales como una auténtica "excepción" al principio general de igualdad que contiene el artículo 13..." Es de suma importancia que el lector aprecie como la autora antes mencionada, a mi parecer de forma maravillosa, señaló la palabra excepción entre comillas.

[64] Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, p. 102.

no se podrá argumentar que lo previsto en el artículo 111 CPEUM es inconstitucional; aunque suene absurdo.

Si bien ahora ya se conoce que en México sí existen los fueros para algunos miembros del poder judicial, tanto federal como local, podrá suceder que se inicien averiguaciones penales en contra de los mismos y que las mismas se consignen; esto es, que el poder judicial inicie un proceso en contra de dichos servidores públicos.

Pues bien, si el caso antes mencionado se diese, esto es, que un miembro del poder judicial inicie un proceso en contra de un servidor público con fuero, el artículo 29 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece que se suspenderá el procedimiento hasta en tanto se determina si ha lugar a proceder o no. Dicho artículo reza:

> Cuando se siga proceso penal a un servidor público de los mencionados en el artículo 111 Constitucional, sin haberse satisfecho el procedimiento al que se refieren los artículos anteriores, la Secretaría de la misma Cámara o de la Comisión Permanente librará oficio al Juez o Tribunal que conozca de la causa, a fin de que suspenda el procedimiento en tanto se plantea y resuelve si ha lugar a proceder.

Nótese como por el incumplimiento de verificar si el servidor público fue desaforado lo único que sucede es que se suspenderá el procedimiento hasta en tanto se plantea y resuelve si ha lugar o no a proceder.

8. EL SÚPER FUERO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Una vez conocido lo que establece la CPEUM respecto a la protección de ciertos miembros del poder Judicial, tanto

local como federal, es importante conocer cuál es el reflejo que de esto existe en el poder judicial federal.

El artículo 81, fracción X, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) establece lo siguiente:

> Son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:
> X. Suspender en sus cargos a los magistrados de circuito y jueces de distrito a solicitud de la autoridad judicial que conozca del procedimiento penal que se siga en su contra. En estos casos, la resolución que se dicte deberá comunicarse a la autoridad que la hubiere solicitado.
> La suspensión de los magistrados de circuito y jueces de distrito por parte del Consejo de la Judicatura Federal, constituye un requisito previo indispensable para su aprehensión y enjuiciamiento. Si llegare a ordenarse o a efectuarse alguna detención en desacato a lo previsto en este precepto, se procederá en términos de la fracción XIX del artículo 225 del Código Penal. El Consejo de la Judicatura Federal determinará si el juez o magistrado debe continuar percibiendo una remuneración y, en su caso, el monto de ella durante el tiempo en que se encuentre suspendido".

Como se puede apreciar del artículo trascrito, se permite al Ministerio Público Federal ejercitar la acción penal en contra de un magistrado de circuito o juez de distrito; sin embargo, para que éste, en calidad de imputado, pueda ser aprehendido y procesado —enjuiciado—, se estatuyó un obstáculo procesal —otro—, que tal como lo dijo el legislador: *"constituye un requisito previo indispensable para su aprehensión y enjuiciamiento"*.

Como se puede observar, se está ante un claro fuero.

Por si alguien tiene duda de lo que acabo de mencionar, basta remitirse al artículo que el mismo poder legislativo mencionó en el artículo antes trascrito y que es el 225, fracción XIX, CPF. Dicho artículo reza:

> Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:
> XIX. Abrir un proceso penal contra un servidor público, con fuero, sin habérselo retirado éste previamente, conforme a lo dispuesto por la ley.

Es de suma importancia que se observe que el artículo trascrito habla de "con fuero", lo que indica que la interpretación hecha previamente es correcta. Aunado a lo anterior, nótese cómo se habla de "proceso penal", no de "procedimiento penal", lo que indica que forzosamente deberá de estarse en presencia de un juez penal federal.[65]

De lo anterior que surja la duda: ¿qué acaso el artículo 13 CPEUM no establece de forma muy clara que no puede haber fueros?, no obstante lo anterior, siguiendo el mismo orden de ideas previamente manifestado, el artículo 111 CPEUM, establece una clase de fuero para algunos miembros del poder judicial federal, mismo que ya vimos en qué consiste. Pero como el lector podrá observar, con lo que se prevé en el artículo 81 LOPJF, se pone un nuevo obstáculo, esto es, un nuevo fuero, para algunos miembros del poder judicial, como es el caso de los magistrados de circuito; no así para los jueces de distrito, que únicamente tienen un fuero y que es el previsto en el último de los artículos mencionados.

Lo anterior hace que afirme, que lo previsto en el artículo 81, fracción X, LOPJF, es inconstitucional, toda vez que otorga un privilegio, que viola el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 CPEUM.

De lo anterior se observa, que existe un trato desigual injustificado y arbitrario, respecto de todas las demás personas que puedan estar en esa circunstancia, como son,

[65] Por todos, Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de Derecho procesal penal*, pp. 7 y ss.

aquellas sobre las que pesa una orden de aprehensión; esto es, en situaciones comparables; lo que indica una clara violación al principio de igualdad.[66]

Llama la atención que quien está facultado para remover el obstáculo procesal sea el Consejo de la Judicatura Federal, y digo que llama la atención, toda vez que desde un punto de vista constitucional, dicho órgano no tiene facultades para ello. En efecto, la propia CPEUM establece en su artículo 95 que la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estará a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala la CPEUM establezcan las leyes. Como se puede apreciar, dicho órgano no cuenta con fundamento alguno para remover obstáculos procesales.

Aunado a lo anterior, a mi parecer es dudosa la constitucionalidad de la sanción que se impone al servidor público que abra un proceso penal contra un servidor público con fuero sin que previamente se le haya retirado el mismo. Me explico. De conformidad con el *principio de mínima intervención*, es preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece el orden jurídico perturbado por el delito. Esto lo digo, toda vez como ya lo dije en el punto anterior, el artículo 29 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece lo que sucede en caso de que se inicie proceso penal en contra de un servidor público que goce de fuero constitucional, y consiste en que únicamente se suspenderá el procedimiento en tanto se plantea y resuelve si ha lugar a proceder. Mientras que para quien inicie un proceso penal respecto de los

[66] Silva Meza, Juan N./Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, p. 375.

servidores públicos con el fuero previsto en la LOPJF, se impondrá pena de prisión.

Nótese como, de conformidad con lo anterior, para quien incumpla una norma de mayor jerarquía, esto es, la constitucional, no le sucederá absolutamente nada; únicamente se suspenderá el proceso iniciado hasta en tanto se verifique si ha lugar a continuar el mismo; mientras que para quien incumpla una norma de menor jerarquía, esto es, lo previsto en la LOPJF, se le impondrá pena de prisión.

Lo anterior hace que me cuestione la razón de elevar el incumplimiento a rango penal. Pues bien, considero que lo previsto en el artículo 29 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos funciona adecuadamente sin que sea necesario elevar dicha omisión a rango penal. Esto es, considero que lo previsto en el artículo 29 de la citada ley cumple con la función protectora del orden social; esto es, el incumplimiento del desafuero no es fundamental para la vida social, como para que dicha conducta sea elevada a rango penal.

9. EL SÚPER FUERO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL Y OTROS ORDENAMIENTOS

Una vez visto el fuero que se tiene por algunos miembros del Poder Judicial Federal, y que por lo que corresponde al previsto en la LOPJF únicamente puede ser retirado por el Consejo de la Judicatura Federal, conviene conocer qué es lo que sucede en el Distrito Federal, en donde, lo adelanto, también existe una sobreprotección a los miembros del poder judicial.

El artículo 32, fracción XVII, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJDF), establece:

> Son facultades del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en Pleno:
> XVII. Revisar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la resolución que dicte el Juez de la causa, mediante la que determine la procedencia de la orden de aprehensión o comparecencia, cuando se hubiere ejercitado acción penal en contra de un Magistrado, Consejero o Juez en el desempeño de su cargo o con motivo de éste. De resultar procedente se asentará mediante acuerdo y éste se comunicará al Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, por conducto de su Presidente, para que proceda en términos de la fracción VII, del artículo 201 de esta Ley.

Ahora bien, el artículo 201, fracción VII, de la LOTSJDF establece:

> Son facultades del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, las siguientes:
> VII. Ordenar, previa comunicación del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la suspensión de su cargo del Magistrado, Consejero o Juez de quien se haya dictado acuerdo respecto a la procedencia de la orden de aprehensión o comparecencia en su contra durante el tiempo que dure el proceso que se le instaure, así como su puesta a disposición del juez que conozca del asunto.

Como se puede apreciar, diverso a lo previsto en la LOPJF, en la LOTSJDF, permiten que el juez que conozca del asunto libre la orden de aprehensión, pero no se podrá ejecutar ésta, toda vez que se establece un "pequeño" fuero para los miembros del Poder Judicial del Distrito Federal

—Magistrado, Consejero o Juez— mismo que consiste en que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, "revisará" la orden de aprehensión o comparecencia en la que se ordena eso respecto de los funcionarios antes mencionados.

Lo primero que surge a la vista es que, tal parece que ni el propio poder judicial del Distrito Federal confía en sus jueces; en efecto, ¿como para qué revisa lo hecho por los jueces penales tratándose de los funcionarios públicos antes mencionados? Surge la duda: ¿por qué razón no revisa todas las órdenes de aprehensión o comparecencia de todas aquellas personas respecto de las cuales se libran dichas órdenes?

De lo anterior que se observe una clara violación al principio de igualdad.

Aunado a lo anterior, de los artículos trascritos se desprende que existe una doble protección. *Primera*, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal revisará la orden de aprehensión o comparecencia, según sea el caso. *Segunda*, se le comunicará lo resuelto en dicha revisión al Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para efectos de que los miembros del mismo ordenen la suspensión del cargo y posteriormente el consejo podrá "adoptar" las medidas cautelares que correspondan para evitar que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

De conformidad con lo anterior, el Consejo de la Judicatura tiene facultades para detener al inculpado; esto, también va en contra de lo que establece la CPEUM.

Por si lo anterior no fuera suficiente, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) en su artículo 672, también se establece otro privilegio para cuando se trate de dichos servidores públicos. Dicho artículo reza:

> Cuando un magistrado, juez o agente del Ministerio Público fuere acusado por delito del orden común, el juez que conozca del proceso respectivo pedirá al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que lo ponga a su disposición, y éste lo decretará así, siempre que se reúnan los requisitos que para dictar una orden de aprehensión exige el artículo 16 de la Constitución General de la República.

Como se puede apreciar del artículo trascrito, nuevamente dichos servidores públicos tienen un trato preferencial respecto de todos los demás sujetos que pueden estar en la misma situación, lo que implica una clara violación al principio de igualdad. Nótese cómo quien detendrá al imputado será algún miembro del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, lo que entra en franca contradicción con lo que establece el artículo 133 CPPDF, en donde se establece que será el Ministerio Público a través de la policía correspondiente.

Al igual que en el punto anterior, puedo decir, que se observa que existe un trato desigual injustificado y arbitrario, respecto de todas las demás personas que puedan estar en esa circunstancia, esto es, que sean aquellas sobre las que pesa una orden de aprehensión; en pocas palabras, en situaciones comparables; lo que indica una clara violación al principio de igualdad.[67] Es claro que en este supuesto se aprecia una ventaja sobre las demás personas que se encuentran en esta situación.[68]

[67] Silva Meza, Juan N./Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, p. 375.

[68] Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, p. 100.

10. LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y LA DETENCIÓN DEL IMPUTADO

La CPEUM en su artículo 16 establece quién puede librar una orden de aprehensión y hace mención a "la autoridad que ejecute una orden judicial"; no se exige ningún otro requisito. La legislación secundaria establece, que una vez librada la misma se entregará a la "autoridad que ejecutará la misma", para efectos de que se aprehenda al imputado y sea llevado ante la autoridad que libró dicha orden. Tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) como en el Código adjetivo del Distrito Federal se establece, quiénes son las únicas autoridades que pueden ejecutar una orden de aprehensión. Los artículos correspondientes son los siguientes:

El artículo196 CFPP, establece:

> Cuando se trate de la aprehensión de alguna persona cuyo paradero se ignore, el tribunal que dicte la orden la comunicará al agente del Ministerio Público adscrito para que éste la transcriba a la Procuraduría General de la República, a fin de que la Policía Judicial Federa o los auxiliares de ésta, localicen y aprehendan a dicha persona. Lograda la aprehensión se procederá en los términos del artículo 52.

En términos similares existe artículo en el Distrito Federal, en donde el artículo 133, en el penúltimo párrafo, CPPDF se establece:

> Las órdenes de comparecencia y las de aprehensión se librarán por el delito que aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, aun cuando con ello se modifique la clasificación. Se entregarán al Ministerio Público,

quien las ejecutará por conducto de la policía bajo su autoridad y mando inmediato.

De lo anterior, que quede claro, que para efectos de toda la población, menos de los miembros del poder judicial —de ahí la violación al principio de igualdad— las órdenes de aprehensión se ejecutarán por el poder ejecutivo, esto es, por el Ministerio Público con ayuda de la policía correspondiente; sin embargo, en el caso de Magistrados y Jueces, será otro el órgano encargado de llevar a cabo dichas órdenes. Lo anterior carece de sentido: ¿por qué razón para unos se siguen unas reglas y para ciertos miembros se siguen otras reglas?

BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford University Press, 2009.

BAZDRESCH, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introductorio*, 6ª ed., México, Trillas, 2008.

BLANCO ESCANDÓN, Celia, *Derecho procesal penal. Enseñanza por casos*, México, Porrúa, 2004.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 32ª ed., México, Porrúa, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, volumen II, Madrid, Trotta, 1999.

CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México Porrúa/UNAM/CNDHM, 2007.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl/CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, 24ª ed., México, Porrúa, 2001.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2004.

CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 14ª ed., México, Porrúa, 2006.

CLIMÉNT BELTRÁN, Juan B., *Elementos de derecho procesal del trabajo*, 3ª ed., Edo. de México, Esfinge, 2001.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 15ª ed., México, Porrúa, 1995.

CONTRERAS CASTELLANOS, Julio César, *Las garantías individuales en México*, México, Miguel Ángel Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Estudios Superiores Aragón, 2006.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio: "Título XX. Delitos contra la Administración de Justicia", en DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coordinadores) y AAVV: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, 3ª ed., Tomo II, Granada, Comares, 2002.

DE PINA, Rafael/CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Tomo I, México, América, 1946.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código penal federal con comentarios*, 5ª ed., tomo II, México, Porrúa, 2001.

_____, *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, 4ª ed., Tomo I, México, Porrúa, 2000.

_____, *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, 4ª ed., Tomo II, México, Porrúa, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Resoluciones judiciales", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas*, tomo VI, México, Porrúa/UNAM, 2002.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de Derecho procesal penal*, 17ª ed., México, Porrúa, 2009.

HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, "La autonomía del Derecho penal: ¿Hasta dónde llega la seguridad jurídica?", en *Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, Número 34, Año 34, México, 2010.

IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba, *Garantías individuales*, 2ª ed., México, Oxford, 2007.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 3ª ed., México, Porrúa, 1985.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Delitos en particular*, tomo II, México, Porrúa, 1995.;

OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 5ª ed., México, Oxford University Press, 2001.

PADILLA, José R., *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 2009.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho procesal civil*, 21ª ed., México, Porrúa, 1994.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco/VARGAS LÓPEZ, Gilberto: *Derecho penal mexicano. Parte especial*, volumen V, México, Porrúa, 2005.

QUIJADA, Rodrigo, *Nuevo código penal para el Distrito Federal. Comentado y anotado*, México, Ángel, 2003.

RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional*, México, El progreso latino, 1906.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004.

SÁNCHEZ OCAÑA, Roberto: "Artículo 351", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coordinado por) y AAVV: *Código Penal comentado*, Madrid, Akal, 1990,

_____, "Artículo 355", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coordinado por) y AAVV: *Código Penal comentado*, Madrid, Akal, 1990.

_____, "Artículo 357", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coordinado por) y AAVV: *Código Penal comentado*, Madrid: Akal, 1990.

SILVA MEZA, Juan N./SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.

TENA SUCK, Rafael/ÍTALO MORALES, Hugo, *Derecho procesal del trabajo*, 6ª ed., México, Trillas, 2005.

L'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITA' PENALE IN CAMPO MEDICO-CHIRURGICO: UN BREVE SGUARDO D'INSIEME

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO*

RESUMEN: Lo escrito reexamina, junto con la temática general del fundamento de la licitud de la actividad médico-quirúrgica (también en relación al requisito del consenso del destinatario de la cura), los problemas de la causalidad y de la culpa referentes a la operación de los responsables involucrados en el proceso terapéutico. En cuanto al reporte causal, después de haber subrayado la estrecha afinidad entre las acciones y las omisiones de la materia en cuestión, viene contestado, sea en la elección de hacer uso de leyes científicas 'universales', sea en aquella propensa a utilizar leyes de tipo 'probabilístico' caracterizadas por porcentajes particularmente elevados. Lo escrito propone por lo tanto una solución inspirada en la razonabilidad: en el sentido que, con tal de que se avale en adquisiciones científicas experimentales, el nexo causal con el evento concreto —o sea aquello definido por la coordinación temporal que lo ha caracterizado, o bien de la específica intensidad lesiva con la cual se ha presentado— deberá ser afirmado también en presencia de grados inferiores de probabilidad de que tal remedio sería idóneo para impedirlo. En tal prospectiva, un rol de relevancia deberá esperarse, por otra parte, también en la exclusión de posibles procesos causales 'alternativos' al origen del evento. Acerca de la cooperación de más sujetos en el tratamiento terapéutico, se propone valorar, al punto de un criterio de tipo causal, la relación

* Professore Ordinario di diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

funcional entre las conductas del operador singular, acentuando el espesor de la posición de garantía y de la cautela solicitada a la actividad médica, pero evitando, al mismo tiempo, gravar al profesionista del cargo de interferir en el desenvolvimiento de los deberes de los colegas. Particular relevancia viene aquí atribuido al 'principio de custodia', muy frecuentemente dejado a la jurisprudencia. Por lo que se refiere, en particular, a la temática de la culpa médica, después de haber evidenciado la complejidad de la relativa valoración —ligada al hecho de que las correspondientes 'reglas cautelares' resulten frecuentemente abiertas a múltiples opciones y 'alternativas instrumentales'— lo escrito repercute en las tendencias doctrinales y jurisprudenciales de la 'culpa grave', para poder concluir afirmando la necesidad de balancear el particular empeño exigido a la salubridad con el perfil 'personalístico' del reparto del cargo penal.
PALABRAS clave: Responsabilidad médica, causalidad y culpa penal.

ABSTRACT: Lo scritto riesamina, insieme alla tematica generale del fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica (anche in relazione al requisito del consenso del destinatario delle cure), i problemi della causalità e della colpa riguardo all'operato dei sanitari coinvolti nel processo terapeutico. Quanto al rapporto causale, dopo aver messo in risalto la stretta affinità tra azione ed omissione nella materia de qua, viene contestata, sia la scelta di fare ricorso a leggi scientifiche c.d. 'universali', sia quella propensa ad utilizzare leggi di tipo 'probabilistico' caratterizzate da percentuali particolarmente elevate. Lo scritto propone dunque una soluzione ispirata a ragionevolezza: nel senso che, purché ci si avvalga di acquisizioni scientifiche sperimentate, il nesso causale con l'evento in concreto —ossia quello definito dalle coordinate temporali che lo hanno caratterizzato, oppure dalla specifica intensità lesiva con cui si è presentato— dovrà essere affermato anche in presenza di gradi inferiori di probabilità che tali cure fossero idonee ad impedirlo. In tale prospettiva, un ruolo di rilievo dovrà spettare, peraltro, anche all'esclusione di possibili processi causali 'alternativi' all'origine dell'evento. Circa la cooperazione di più soggetti nel trattamento terapeutico, si propone di valorizzare, al posto di un criterio di tipo causale, le relazioni funzionali tra le condotte dei singoli operatori, accentuando lo spessore delle posizioni di garanzia e delle cautele richieste dall' attività medica, ma evitando, al contempo, di gravare

il professionista dell'onere di interferire nello svolgimento delle mansioni spettanti ai colleghi. Particolare rilievo viene quindi attribuito al 'principio di affidamento', troppo spesso trascurato in giurisprudenza. Per ciò che riguarda, in particolare, la tematica della colpa medica, dopo aver evidenziato la complessità delle relative valutazioni —legata al fatto che le corrispondenti 'regole cautelari' risultano sovente aperte a molteplici opzioni ed 'alternative strumentali'— lo scritto ripercorre le tendenze dottrinali e giurisprudenziali sulla c.d. 'colpa grave', per poi concludere affermando la necessità di bilanciare il particolare impegno richiesto al sanitario con il profilo 'personalistico' della ripartizione dell'addebito penale.
PAROLE CHIAVE: responsabilità medica – causalità e colpa penali.

1. IL FONDAMENTO DI LICEITÀ DELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA

L'analisi dei problemi affrontati nel presente lavoro esige anzitutto un chiarimento circa le ragioni per le quali il regolare esercizio dell'attività terapeutica deve considerarsi esente da conseguenze penali a carico del professionista. Orbene, premesso che l'attività in questione deve ritenersi indubbiamente riconosciuta già sul piano dei principi costituzionali (tra i quali, soprattutto, quello riferito alla tutela della salute, ex art. 32 Cost.), ci si deve tuttavia do-

mandare se sia nel vero la tendenza prevalente a ricondurla alla logica propria di una "causa di giustificazione" inquadrabile nel paradigma di un'"autorizzazione" al suo svolgimento rilevante ex art. 51 c.p.[1] Per vero, la scriminante dell'"esercizio di un diritto" dovrebbe implicare logicamente che il medico realizzi pur sempre un' "offesa" agli interessi del destinatario del trattamento: così, prendendo ad esempio un intervento chirurgico, l' "incisione" praticata sul corpo del paziente, e più ancora un' eventuale lesione —anche permanente (si pensi all'asportazione di un arto affetto da cancrena)— dell'integrità fisica del medesimo, dovrebbero considerarsi alla stregua di un fatto tipico ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p., sia pur "giustificato" grazie alla predetta autorizzazione ad agire.

In realtà, una tesi del genere si pone in contraddizione con l'(altrettanto) diffuso riconoscimento di un "dovere di garanzia" come elemento qualificante la posizione di coloro che sono chiamati a provvedere alla tutela degli interessi del malato.[2] E' infatti evidente come, una volta che l'attività in questione venga ricondotta al piano di un *dovere* di agire *a tutela della salute*, sarà ben difficile ammettere ch'essa possa venire considerata come produttrice di un' "offesa", per quanto suscettibile di apparire "giustificata"; in altri termini, se il medico *è tenuto* ad intervenire a tutela della salute altrui, *non si comprende il perché la sua condotta dovrebbe considerarsi "offensiva" di quel medesimo interesse alla*

[1] *Cfr.*, autorevolmente, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale.*, 7 ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 277 ss.

[2] V., per tutti, G. De Vero, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in G. De Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, vol. I del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo– C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 165 ss., con richiami alla letteratura in materia. Ulteriori riferimenti giurisprudenziali in F. Giunta – G. Lubinu – D. Micheletti – P. Piccialli – P. Piras – C. Sale (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, ESI, Napoli, 2011, pp. 30 ss.

cui reintegrazione e ristabilimento in capo al paziente è finalizzata la stessa imposizione dell'obbligo. D'altra parte, non sarebbe corretto affermare che un simile obbligo giuridico possa essere posto sullo stesso piano del "dovere" il cui adempimento integra l'omonima "scriminante" che il predetto art. 51 c.p. affianca all'esercizio di un diritto.[3] In realtà, anche tale causa di giustificazione viene necessariamente ad inquadrarsi nella logica di un bilanciamento di interessi, il quale presuppone, come in ogni altra ipotesi scriminante, l'esistenza di un'"offesa" resa lecita dal predetto dovere (si pensi alla privazione della libertà personale da parte di chi esegua un arresto in flagranza di reato); ma non è questo il caso, per l'appunto, dell'attività medico-chirurgica, posto che in essa il bene che s'intende tutelare è precisamente il *solo ed unico interesse* della salute del paziente, tanto che l'ordinamento impone a determinati soggetti di attivarsi nelle forme e nei modi maggiormente consentanei ad impedire che esso possa risultare più gravemente compromesso.

Piuttosto, una puntualizzazione ulteriore è resa necessaria dal fatto che, alla stregua della stessa Costituzione (art. 32, co. 2), l'attività sanitaria risulta vincolata al "consenso" della persona interessata. Si potrebbe invero osservare come —a voler ritenere l'attività del medico del tutto "inoffensiva" (e quindi, necessariamente "atipica")[4]— si dovrebbe, coerentemente, escluderne la rilevanza penale anche nel caso in cui il medico agisca malgrado il dissenso del titolare dell'interesse protetto: richiamando l'esempio

[3] Così, invece, con ampie motivazioni, D. Pulitanò, in D. Pulitano' (a cura di), *Diritto penale, Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2011, pp. 39 ss.

[4] In tal senso v., in particolare, A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2 ed., Cedam, Padova, 2012, pp. 299 ss., in linea, tra l'altro, con la sentenza della Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437. Analoghi rilievi in I. Leoncini, *Obbligo di cura e liceità dell'atto medico*, Roma, 2008, pp. 111 ss., 132 ss.

di cui sopra, la circostanza che il paziente si sia salvato grazie all'amputazione di quell'arto malato, dovrebbe far sì che la condotta del medico venga pur sempre ritenuta conforme all'obiettivo di salvaguardarne la salute.

A ben vedere, un simile rilievo andrebbe tuttavia incontro ad un equivoco di fondo, che è necessario dissipare una volta per tutte. Pur senza impegnarsi, in questa sede, nelle problematiche del consenso del paziente, deve infatti osservarsi come, in mancanza di consenso, il medico è obbligato, non già ad intervenire, bensì ad astenersi dall'attività. Ne deriva che, come, in caso di rifiuto delle cure da parte del paziente, il medico non sarà responsabile dell'ulteriore decorso od aggravamento della malattia, così, viceversa, qualora egli si adoperi nonostante il dissenso, la sua posizione risulterà in tutto e per tutto assimilabile a quella propria di un qualsiasi altro soggetto che agisca *sine titulo*: cosicché, il suo intervento non potrà venire apprezzato in relazione all'esito finale vantaggioso per la salute —dato che questo non potrà "prevalere" sul mancato consenso del paziente— bensì alla stregua del solo dato "materiale" dell'incidenza della condotta sull'organismo della persona costretta a subirlo, della quale dovrà dunque rispondere per il solo fatto di esserne stato responsabile. Soltanto in questa prospettiva, può avere dunque un senso il richiamo ad una situazione di conflitto tra opposti interessi: nel senso, cioè, che l'interesse alla salute sarà destinato a soccombere di fronte all'indisponibilità del paziente ad acconsentire alla sua tutela; in sostanza, quell'interesse verrà a "cedere" di fronte alla libertà di scelta del suo titolare, onde, in caso di dissenso, esso non potrà più considerarsi adeguato a fondare una posizione di "garanzia" in capo al soggetto abilitato ad eseguire l'intervento.

Un simile rapporto tra diversi interessi —è bene ancora ribadirlo— non implica, tuttavia, in alcun modo che

l'attività medica debba tornare ad essere inquadrata nella logica di una causa di giustificazione; ed invero, una volta che —consentendo il paziente— la salute torni ad assumere la prevalenza, il medico *dovrà intervenire, senza che ciò comporti l'offesa ad un interesse diverso da quello che è ormai rimasto come l'unico bene da proteggere mediante l'"obbligo di garanzia" imposto all'esercente l'attività medica*.

2. La posizione di garanzia del medico quale luogo di "confluenza" di azioni ed omissioni

Tutto ciò considerato, deve adesso osservarsi come il richiamo all'esistenza di una posizione di garanzia induca a fare ricorso, in questa materia, al disposto normativo dell'art. 40, 2° comma c.p., là dove esso sancisce che "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo". In sostanza, la malattia, da un lato, il dovere di curarla, dall'altro, parrebbero offrire le coordinate di una responsabilità, che —nel caso in cui il predetto obbligo venga disatteso— dovrebbe inquadrarsi nella logica di un'imputazione di tipo "omissivo" per il danno alla salute dovuto al difetto di cure adeguate.

Ed in effetti, è abbastanza evidente come l'intervento medico venga ad inserirsi nel corso di uno sviluppo che "non dipende da lui", ma, per l'appunto, da un pregresso stato patologico ch'egli è chiamato a contrastare.[5] Resta, certo, il fatto che il medico potrebbe anche "contribuire"

[5] *Cfr.* R. Bartoli, in R. Bartoli (a cura di), *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, University Press, Firenze, 2010, pp. 99 ss.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. Dolcini – C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1975 ss.

attivamente al verificarsi dell'evento: come accade allorquando, nell'eseguire, ad es., un'operazione, la sua condotta acceleri la morte del paziente non in grado di "resistere sotto i ferri". E tuttavia, non si può fare a meno di osservare come il profilo attivo od omissivo della condotta medica si presti, a ben guardare, ad assumere toni più sfumati di quanto accade in altri settori.[6] Se è pur vero —come la giurisprudenza ha più volte riconosciuto—[7] che un'imputazione di tipo omissivo si coglie negli esempi emblematici del mancato ricovero di un paziente o dell'omessa, errata, o ritardata diagnosi, deve notarsi, nondimeno, come sul medico finiscano spesso col "convergere", per così dire, circostanze tali da implicare, ora divieti di agire, ed ora doveri di intervento, all'insegna di quelle leges artis che costituiscono il punto di raccordo delle valutazioni inerenti alla specifico profilo "professionale" delle attribuzioni del sanitario.

Si pensi al caso (oggi divenuto particolarmente significativo) dei trapianti d'organo:[8] nello stabilire se un organo espiantando sia "sano" o a sua volta affetto da patologie incompatibili col trapianto, il medico incaricato potrà "errare" in forma omissiva, laddove non abbia valutato correttamente tale circostanza, e di poi "attivamente" concorrere all'esito infausto dando il proprio "nulla-osta" a chi si debba occupare dell'operazione di trapianto. In tale ottica, ad emergere come dato preminente è, insomma, quella violazione dei propri doveri professionali che nel caso imponevano una verifica più oculata, onde rendere possibile la comunicazione —altrimenti vietata— al successivo operatore della "trapiantabilità" dell'organo in questione. Anche nel caso recente di un omesso esame istologico, pur distinguendo tra azione ed omissione —la prima, in particolare, consistente nel rimuovere soltanto in parte una "formazione" maligna— la Corte di cassazione (nonostante alcune apparenti difformità rispetto a quanto asserito in altre, precedenti sentenze) opta alla fine per un giudizio ispirato a criteri di valutazione sostanzialmente analoghi. D'altronde, proprio nel caso in esame, la stessa rimozione di una "parte" della formazione interessata potrebbe essere anche letta sub specie di omissione: gravando, per l'appunto, sul chirurgo l'obbligo di procedere ad un'asportazione totale, in modo da impedire che la parte residua potesse continuare ad "inquinare" i tessuti coinvolti.[9]

[6] *Cfr.* quanto osservato da parte della stessa giurisprudenza richiamata in *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, p. 66.

[7] V. ancora l'ampio quadro delineato in *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, *cit.*, p. 68 ss.

[8] Si veda in proposito la perspicua indagine di A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 477 ss.

3. LE PROBLEMATICHE CAUSALI

La complessiva valutazione —in forma attiva od omissiva, e talora in entrambe le forme— del comportamento del sanitario, sollecita a questo punto una riflessione in merito al *nesso* che dovrebbe essere postulato tra la condotta e l'esito lesivo verificatosi. La tendenza prevalente in materia è solita analizzare simili fenomeni alla luce della categoria generale del "rapporto di causalità". E tuttavia, deve dirsi come una simile tendenza sia andata incontro

[9] Per un'analisi del "caso" or ora illustrato cfr. C. Sale, *La condotta medica tra azione e omissione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, pp. 1-4. Sul problema dei rapporti tra azione ed omissione in ambito medico,v., ampiamente, L. Ramponi, in D. Castronuovo – L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. Belvedere – S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina – Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodota' – P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 947 ss.

nel tempo a reiterati mutamenti di indirizzo nel modo di procedere al suddetto accertamento. All'origine di una siffatta instabilità delle opinioni in materia si pongono, a ben guardare, delle motivazioni di fondo collegate al carattere essenzialmente congetturale e "probabilistico" delle valutazioni correlative.

Si considerino, in primo luogo, quelle patologie che possono sinteticamente denominarsi come "multifattoriali". Ad es., è ben noto come certe forme di intossicazione o di processi di tipo infettivo possano derivare —od essere ulteriormente aggravati— da una pluralità di agenti patogeni; ebbene, ipotizzando che tra questi venga a collocarsi anche l'assunzione di determinati farmaci o la sottoposizione a particolari trattamenti clinici (come accadde in un caso assai noto, in cui si trattava di valutare gli effetti presumibilmente dovuti all'inserimento di un catetere),[10] potrebbe non esservi, tuttavia, certezza alcuna circa l'identificazione, *nel caso particolare*, del ruolo causale di simili fattori rispetto al decesso del paziente: potendo ben darsi, in effetti, che il processo eziologico sia stato invece avviato od accelerato da altre circostanze (ingestione di certi cibi o bevande, abitudine al fumo, pregresse affezioni al sistema epato-biliare, etc.) parimenti in grado di determinare quegli eventi. Cosicché il giudizio da effettuare si troverà sovente a fare i conti con una valutazione che —non essendo "certo" quale sia stato il fattore rilevante— dovrà essere condotta secondo un parametro riferito, per l'appunto, alla maggiore o minore "probabilità" che il processo eziologico sia stato influenzato dall'assunzione di quella sostanza od alla sottoposizione a quel trattamento.

[10] Sulla vicenda, cfr. A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa, 2009, p. 185.

Ma v'è di più: anche a supporre un"esaustiva "conoscenza" del decorso causale all'origine dell'evento lesivo, molto più difficile potrà rivelarsi l'interrogativo, essenzialmente "ipotetico", in ordine a cosa sarebbe accaduto qualora il medico fosse intervenuto in maniera adeguata; le "variabili" collegate al *se* l'evento avrebbe potuto essere impedito risultano invero, in molti casi, numerose e non sempre identificabili nella loro concreta influenza sull'esito finale del giudizio causale. Ad es., posto che un tumore non sia stato diagnosticato tempestivamente, ovvero —come nel "caso" sopra ricordato— non sia stato asportato alla radice, resta tuttavia da domandarsi: quale reale efficacia avrebbero potuto avere gli "adempimenti" doverosi sul decorso della malattia? Posto che l'intervento da effettuare dovesse risultare più radicale ed "invasivo", avrebbe potuto il paziente, date le sue condizioni generali, sostenere i rischi della connessa operazione? Ed ancora: avendo la successiva autopsia rivelato l'esistenza di elementi da cui desumere una forte riduzione delle difese immunitarie, avrebbe tale circostanza consentito alla fase postoperatoria di svolgersi secondo la direzione auspicata?

Ebbene, è opportuno adesso ricordare come, stando ad un'impostazione meno recente (seguita soprattutto in giurisprudenza), l'esistenza del nesso causale —specialmente in situazioni ricondotte nel campo dell'omissione— venisse postulata secondo un grado non particolarmente elevato di probabilità che la condotta conforme alle *leges artis* avrebbe avuto di impedire il verificarsi dell'evento. Così, ad es., in due note vicende giudiziarie —l'una riguardante la mancata asportazione di frammenti di vetro dalla cavità addominale del paziente, l'altra relativa all'omessa diagnosi di una grave insufficienza respiratoria con conseguente mancato ricovero urgente presso il reparto di rianimazio-

ne— la Cassazione affermò la responsabilità del medico sul presupposto che il salvataggio del paziente avrebbe potuto venire comunque favorito in misura apprezzabile grazie ad una condotta professionalmente corretta.[11]

La tesi in questione venne tuttavia aspramente criticata, in base al rilievo ch'essa si sarebbe limitata a valutare, in una prospettiva essenzialmente "prognostica", un mero "aumento del rischio" per la salute del paziente, senza verificare la sussistenza di uno specifico collegamento —riscontrabile *ex post*— tra l'inadempienza del medico e il concreto verificarsi dell'evento. In sostanza, l'unico dato posto realmente a fondamento delle decisioni sarebbe stato quello dell'"irregolarità" dell'intervento, essendo mancata la verifica in ordine al nesso effettivo tra tale irregolarità e l'esito della morte del paziente.[12] Detto ancora più brevemente: a fondare la responsabilità sarebbe stata la sola *condotta* (colposa) del medico, e non l'esistenza del *nesso causale* tra tale condotta e il risultato lesivo.

La giurisprudenza successiva a tali pronunce (e ad altre analoghe, peraltro riscontrabili anche in tempi più recenti, ma con assai minore frequenza) si propose dunque di agganciare la valutazione probabilistica a presupposti ben

[11] In proposito, anche per ulteriori riferimenti, *cfr.* R. Bartoli, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, *cit.*, pp. 88 ss. e relative note; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 268 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, vol. 3 del *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, diretto da G. Marinucci – E. Dolcini, Cedam, Padova, 2003, pp. 250 ss. In precedenza, *cfr.* I. Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, cc. 363 ss.

[12] *Cfr.*, tra gli altri, M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 50 ss. Una visione più articolata della giurisprudenza in C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pp. 848 ss.

altrimenti rigorosi e vincolanti sotto il profilo della "diagnosi" causale. Complice anche un'elaborazione dottrinale fortemente "garantista", si è così arrivati ad un vero e proprio "rovesciamento" della prospettiva originaria: rovesciamento operato all'insegna di una scelta metodologica ispirata all'idea che soltanto determinate *leggi scientifiche* (e non già l' "intuizionismo" del giudice od il ricorso a generiche "massime di esperienza") possano rendere empiricamente fondata (e processualmente "controllabile") la verifica del rapporto causale. A tale stregua —anche sulla scorta della regola di giudizio che richiede la prova della colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio" (art. 533, co. 1, c.p.p.)— si è giunti ad affermare che il giudizio di responsabilità potrebbe fondarsi unicamente su di una legge scientifica idonea ad asseverare il nesso con l'evento nei termini di una probabilità vicina al cento per cento;[13] ad es., la Cassazione ritenne viziata una sentenza di condanna, per non avere questa offerto la prova suddetta riguardo ad un medico del pronto soccorso che non aveva disposto il ricovero di un paziente cardiopatico, deceduto il giorno stesso delle sue dimissioni dal luogo di prime cure.[14]

Tale soluzione, tuttavia, nonostante l'autorevolezza della "fonte" dottrinale e l'indubbio merito di aver dato impulso ad una visione causale affrancata da "manipolazioni" arbitrarie, lasciava sul campo alcune delicate questioni; ossia, oltre a quella connessa all'estrema difficoltà —in

[13] *Cfr.* F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3 ed., Giuffrè,, Milano, 2003, pp. 346 ss., 371 ss.

[14] *Cfr.*, in proposito, le analisi di A. Martini, *Commento all'art. 40 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, 5 ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 281s.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., pp. 1984 s., e già prima di F. Centonze, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it .dir .proc. pen.*, 2001, pp. 289 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 318 ss.

una materia dominata dall'incertezza— di poter riservare ancora spazi effettivi alla responsabilità del sanitario, quella dovuta ad una sorta di "inversione" ed alterazione dei rapporti tra diritto sostanziale e disciplina processuale.

Ed invero: che il giudice debba pervenire ad un convincimento in termini di (umana) certezza circa la responsabilità dell'imputato, è affermazione che merita di essere condivisa senza riserve. Ma pare difficile negare come un simile assunto non interferisca propriamente con la tematica relativa alla configurazione dei *connotati sostanziali* della categoria invocata per fondare il nesso con l'evento.[15] In altri termini, anche ammettendo che la valutazione probabilistica inerente al rapporto causale non necessariamente debba attingere il livello della (quasi) certezza postulata dalla tesi in esame, ciò non impedirebbe affatto di ritenere ugualmente rispettata la garanzia sottesa alla regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Tale regola, per l'appunto, in quanto afferente al piano *processuale*, non può che esprimersi in una verifica (rigorosa quanto si voglia) di un rapporto causale *già previamente* concepito secondo un metro probabilistico ritenuto confacente alle *esigenze sostanziali*: di modo che è *soltanto su questo terreno* che si dovrebbe decidere se il criterio utilizzabile debba essere quello —estremamente "esigente" (a tal punto da tradursi in una diffusa prassi assolutoria)— invocato dalla tesi in esame, ovvero quello riferito ad una percentuale statistico-probabilistica di dimensioni più "contenute", e sia pure corroborata da adeguate verifiche a livello scientifico e sperimentale.[16]

[15] In argomento, autorevolmente, A. Pagliaro, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1043, sia pure nel quadro di una diversa impostazione.

[16] Per ulteriori considerazioni al riguardo, *cfr.*, volendo, G.A. De Francesco, *Modelli scientifici e "cultura" dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 455 ss.

4. CAUSALITÀ DELLA CONDOTTA E PROCESSI CAUSALI "ALTERNATIVI"

Ma non basta. In realtà, l'opinione dianzi considerata presenta un ulteriore motivo di perplessità, che un'analisi più attenta della problematica in esame ha consentito col tempo di evidenziare. Il fatto è che la "legge causale"— proprio in quanto formulata in termini generali— non permette di venire apprezzata nei suoi risvolti pratico-operativi, finché non venga, per così dire, posta più intimamente "a contatto" con i singoli casi concreti. Se è pur vero, in effetti, che la legge in questione, per essere tale, avrà già dovuto essere congruamente "testata" e convalidata sul piano sperimentale, ciò non significa, tuttavia, che si possa prescindere dal "situarla" di volta in volta nel particolare contesto storico della vicenda sottoposta a giudizio. E da questo punto di vista, non sembra determinante, a ben guardare, il grado sul piano statistico-probabilistico espresso dalla legge in questione, quanto piuttosto un'accurata verifica del "peso" effettivo dell'ipotesi causale formulata a confronto con il variegato insieme di fattori con i quali la condotta del soggetto si sia trovata ad "interagire". In tale logica, in effetti, potrà ben accadere che quel livello probabilistico venga di fatto a scemare di fronte alla constatata influenza di altre circostanze presentatesi nello scenario della vicenda causale; così come, all'inverso, anche una probabilità in linea di principio poco significativa potrà ben rivelarsi dotata di un potenziale esplicativo particolarmente elevato, quando la relativa ipotesi causale non appaia smentita o "superata" da ulteriori verifiche inerenti al quadro complessivo dell'accadimento da valutare.

Quest'ultima evenienza, in particolare, ha formato oggetto —sia pure in una più ampia prospettiva sistemati-

ca— di una notissima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (10 luglio 2002, n. 27).[17] La vicenda riguardava la morte di un paziente sottoposto ad una terapia a base di antibiotici, non preceduta, tuttavia, da più accurate indagini ed accertamenti, che avrebbero permesso di evidenziare i rischi connessi alla presenza di una grave deficienza immunitaria in grado di accelerare un grave processo di tipo infettivo. Ebbene, la Corte sentenziò che, anche a voler postulare l'esistenza di una legge scientifica contrassegnata da una "frequenza" medio-bassa di probabilità dell'evento, la condotta omissiva del medico, in assen-

[17] Vedila in *Riv .it .dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1133 ss. Numerosissimi i commenti a tale pronuncia, tra i quali basti qui ricordare, da un lato, i rilievi critici di F. Stella, *Giustizia*, *cit.*, pp. 350 ss., e, dall'altro, nella dottrina più recente, le prese di posizione, più o meno nettamente favorevoli, di F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, *cit.*, pp. 1315 ss.; R. BARTOLI, *op.cit.*, pp. 95 ss.; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, *cit.*, pp. 78 ss., 296 ss.. 363 ss.; O. DI GIOVINE, *Intervento*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, *cit.*, pp. 263 ss.; M. Donini, *Il garantismo della "condicio sine qua non" e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in M. Bertolino – L. Eusebi – G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Jovene, Napoli, 2011, pp. 936 ss., 960 ss.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Responsabilità*, *cit.*, pp. 179 ss.; C.F. Grosso, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. De Maglie – S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Cedam, Padova, 2006, pp. 132 ss.; A. Manna, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, pp. 597 ss.; T. Padovani, *Diritto* penale,10 ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 131 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, 4 ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 198 ss.; A. Vallini, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità scientifica*, in D. Brunelli (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 342 s. Sulle vicende giurisprudenziali successive alla pronuncia in questione (largamente richiamate in *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, spec. pp. 70 ss.), *cfr.*, tra gli altri, R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 39 ss.; G. De Vero, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, *cit.*, pp. 153 s.; A. Di Landro, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principî affermati dalle sezioni unite nella sentenza "Franzese"? Due nuovi esempi di causalità* more iuridico demonstrata, in *Foro it.*, 2006, II, cc. 623 ss.; A. Sereni, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 285 ss.

za del riscontro di eventuali cause "alternative" all'origine del risultato, doveva essere ritenuta causalmente rilevante "con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale"; dove tale formula starebbe appunto ad indicare come il livello della frequenza espresso dalla legge probabilistica —per quanto in sé poco rilevante— possa "trasformarsi", per così dire, in una ricostruzione altamente probabile (e proprio per questo anche "razionalmente credibile") circa la sua effettiva dimensione eziologica rispetto al verificarsi del risultato.

La pronuncia in questione ebbe il merito, d'altronde —come si è dianzi avvertito— di porre in particolare risalto l'importanza della necessaria esclusione da parte dell'organo giudicante di possibili decorsi causali "alternativi" all'origine dell'evento lesivo. L'importanza di tale verifica —è bene precisarlo— non significa, tuttavia (come la stessa Cassazione ha opportunamente osservato)[18] che, nel momento di confrontare la condotta con altri possibili agenti causali, si possa fare a meno del *previo riconoscimento* di una legge scientifica in ordine al ruolo eziologico del predetto comportamento. Si vuol dire, in altri termini, che sarebbe sicuramente inaccettabile che la mancanza di una simile legge —o, il che è lo stesso, la carenza di precedenti controlli in grado di attestarne la capacità esplicativa— *possa essere surrogata dalla constatata assenza di altri fattori potenzialmente causali* (quali ad es., per richiamare esempi assai noti, l'abitudine al fumo, l'inalazione di polveri nocive, la presenza di fattori ereditari impossibili da diagnosticare, etc.).

[18] *Cfr.* Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, *cit.*, p. 1140. Sulla questione, v. l'ampio studio di C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 199 ss. Una maggiore valorizzazione dei decorsi "alternativi" si rinviene, peraltro, nell' acuta indagine di M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in M. Bertolino – G. Forti (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Jovene, Napoli, 2007, pp. 903 ss.

Pur mancando questi ultimi, la causalità della condotta —ove non sorretta da un'adeguata spiegazione scientifica— dovrà, in effetti, essere necessariamente negata: al "vuoto" causale dovuto all'assenza di tali fattori, verrà, in definitiva, ad affiancarsi lo stesso "vuoto" derivante dall'inesistenza di qualsiasi base cognitiva (si pensi alla mancata conoscenza dei processi all'origine di certe "reazioni" dell'organismo del paziente) in ordine agli sviluppi della condotta imputabile al medico. E da un "doppio vuoto", per così dire, non potrà dunque emergere, pena il rischio di cadere nell'arbitrio, il "pieno" di una causazione penalmente rilevante: non quella, per l'appunto di verosimili "altre cause" concretamente operanti, ma nemmeno quella della presumibile "causa" umana all'origine dello sviluppo o dell'acceleramento del processo patologico.

Detto questo, è altrettanto importante osservare, tuttavia, come —in accordo con un'opinione manifestatasi sia in dottrina che in giurisprudenza— l'incidenza ipotetica di fattori causali "alternativi" non possa imporne una valutazione ad opera del giudice, laddove non sussista alcun indice *plausibile* in grado di far supporre l'intervento di simili fattori (si pensi ad un caso nel quale venne esclusa la plausibilità di un'eventuale causa alternativa dovuta ad un preteso ritardo non imputabile al medico); in sostanza, soltanto in presenza di indizi suscettibili di approfondimento —e non già sulla base di un'ipotesi, bensì astrattamente formulabile, ma, nella fattispecie, del tutto inverosimile— il giudice sarà tenuto ad indagare la possibile efficienza causale di altre circostanze in grado di spiegare esse stesse la produzione dell'evento.[19] A supporre diversamente, la responsabilità penale del medico tornerebbe, invero,

[19] Sul punto, *cfr.* A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, *cit.*, pp. 187 ss. e nota 82.

ancora una volta, a restare praticamente fuori gioco; non potendosi escludere, dato il grado limitato delle umane conoscenze, che possa sempre ricorrere una qualche altra causa all'origine dell'evento, il giudice dovrebbe, in effetti, rinunciare sistematicamente a pronunciare condanna, con la conseguenza paradossale che l'"inconoscibile" od assolutamente improbabile verrebbe in ogni caso ad assurgere al rango di un "dubbio ragionevole" circa la responsabilità dell'imputato.

5. IL TERMINE DI RIFERIMENTO DEI GIUDIZI "PROBABILISTICI": L'EVENTO "CONCRETO" E LA DUBBIA RILEVANZA DEL QUOMODO DEL SUO VERIFICARSI

Finora abbiamo sempre presupposto che, sia pure mediante il ricorso a valutazioni di ordine probabilistico, la categoria della causalità penale possa fornire un criterio di valutazione atto ad individuare l'esistenza o meno di una responsabilità del professionista. Ma occorre adesso definire con maggiore precisione quale debba considerarsi più propriamente il *termine di riferimento* di tale giudizio probabilistico.

Si è già osservato che l'attività medica si inserisce —come peraltro è evidente— in uno sviluppo causale già in corso, ossia quello connesso alla sussistenza di un processo patologico sul quale il sanitario è chiamato appunto ad intervenire a tutela dell'altrui salute. Tale dovere d'intervento, tuttavia —malgrado nel linguaggio corrente si continui spesso a parlare di "salvataggio" o di "guarigione" del paziente— non può essere, ragionevolmente, riferito al recupero definitivo di una condizione di perfetto benessere: e non può esserlo, sia *per eccesso*, in quanto l'idea che il medico debba "annullare" qualsiasi conseguenza connessa

alla malattia finirebbe con l'attribuirgli la capacità sovrumana di ripristinare sempre e comunque, quasi si trattasse di un mago guaritore, la salute della persona in pericolo; sia anche *per difetto*, in quanto, una volta constatato che un risultato del genere non appare sempre ottenibile, non per questo si potrà esentare il professionista da ogni responsabilità penale, quando si possa accertare che una corretta attività terapeutica, pur non potendo assicurare *tout court* il recupero della salute, fosse tuttavia in grado (come ha precisato la stessa pronuncia delle Sezioni Unite sopra ricordata)[20] di *posticipare* l'evento lesivo, o di ridurre l'*intensità* della patologia di cui il paziente era affetto.

In sostanza, l'evento deve essere necessariamente concepito nella sua dimensione *concreta*, collocandolo, cioè, nel contesto "storico" in cui esso ha avuto luogo. Da tale angolo visuale, non conta soltanto, allora, sciogliere l'alternativa di principio tra il "sì" (salute recuperata) e il "no" (morte inevitabile o persistenza della malattia), quanto piuttosto verificare il *quando* —se in quel momento o dopo— e l'*entità* del pregiudizio —se, cioè, meno grave ed intensa avrebbe potuto essere la lesione del bene protetto laddove il medico avesse operato secondo le proprie competenze professionali. E del resto —di fronte ad una possibilità, anche provvisoria o temporanea, di godere di una più accettabile "qualità della vita"— perché negare spazio al dovere terapeutico, quando lo stesso paziente abbia prestato il proprio consenso a vedersi garantito (nei limiti consentiti dall'"arte medica") un tale, seppur limitato, orizzonte esistenziale?

[20] *Cfr.* Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, *cit.*, p. 1141 (nonché ulteriori, numerose pronunce riportate in *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, pp. 66 ss.). Insiste opportunamente su tale profilo di valutazione, tra gli altri, A. Vallini, *La ricostruzione*, *cit.*, pp. 198 ss.

In tempi recentissimi, la giurisprudenza è andata, per vero, addirittura oltre una tale "estensione" dell'ambito di rilevanza causale dell'intervento medico. Essa ha affermato, in particolare, che il medico possa essere chiamato a rispondere anche sotto il profilo del *quomodo* del verificarsi del danno al paziente;[21] in un caso di parto spontaneo con distocia della spalla del nascituro, si è invero ritenuto sufficiente che l'indebolimento dell'arto, praticamente sicuro anche in presenza di un parto cesareo, si sarebbe prodotto, nondimeno, laddove quest'ultimo fosse stato praticato, attraverso una differente "modalità" del decorso causale. Sospendiamo in questa sede il giudizio circa quest'ultima ed estrema "frontiera" attinta dalla problematica della causalità medica; non senza osservare, tuttavia, che, proprio nella logica "probabilistica" della valutazione causale, sarebbe forse consigliabile che ad una riduzione della misura percentuale rispetto a quella postulata dalle correnti più "rigoriste" (altissima probabilità o quasi-certezza dell'evento anche in presenza di una condotta "regolare") facesse, quanto meno, da contrappeso un'effettiva possibilità di incidenza sui "tempi" o sull'"entità" del pregiudizio (e non invece sulle sole "modalità" del suo verificarsi) secondo i criteri che si è cercato poc'anzi di delineare.

6. LA CRISI DEL PARADIGMA CAUSALE DI FRONTE ALLA "PLURISOGGETTIVITÀ" DELLO SCENARIO TERAPEUTICO

Piuttosto, di ben maggiore rilevanza ai fini della nostra indagine si rivela la constatazione secondo la quale la categoria della causalità (almeno nella sua fisionomia tradizionale) non sembra sempre presentare una dimensione

[21] V., al riguardo, P. Piras, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il* quomodo *all'*hic et nunc, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 4 ss.

tecnicamente confacente con l'attuale modo di atteggiarsi dell'attività medico-chirurgica . Si vuol dire, in altri termini, che tale categoria, specialmente a seguito degli sviluppi che hanno portato ad una sempre più articolata specializzazione e "divisione del lavoro", pare essere andata progressivamente smarrendo quelle capacità di "prestazione" che le avevano in precedenza consentito di individuare uno specifico collegamento tra la condotta e l'evento verificatosi.

In particolare, deve ricordarsi, a tale proposito, che, com'è stato giustamente osservato, la condotta medica viene oggi a risultare in varia guisa collegata all'espletamento di ulteriori condotte ad opera di terzi (anch'essi) impegnati nell'esercizio dell'attività a beneficio di un determinato paziente.[22] Di modo che, in un contesto divenuto *sempre più* a carattere "plurisoggettivo", *sempre meno* significativa si rivela l'indagine in ordine a "chi", nello specifico, debba considerarsi propriamente autore della singola condotta "causatrice" dell'evento lesivo: così come, d'altronde – sulla scia di quanto si era già avvertito in precedenza (v. *retro*, § 2) – viene ulteriormente a ridimensionarsi il problema circa la caratterizzazione in forma attiva od omissiva della condotta rilevante. Dal "consiglio" del medico generico circa l'opportunità di un eventuale ricovero, alle

[22] *Cfr.*, in generale, S. Canestrari – L. Cornacchia – G. De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 435 ss. Assai interessante l'impostazione di L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 38 ss., 246 ss., 457 ss., 527 ss., 530 ss., il quale sviluppa una serie di rilievi (in parte affini a quelli da noi prospettati in altra sede: v. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 332 ss., ed in proposito L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *cit.*, pp. 156 ss., 537 ss.) che tengono maggior conto della fenomenologia, sovente a carattere plurisoggettivo, che interessa attualmente numerosi campi di attività rischiose. V. anche le pertinenti osservazioni di A. Vallini, *La ricostruzione*, *cit.*, pp. 147 s., 152, 172 s.

analisi cliniche conseguenti, alla "diagnosi" dei relativi risultati, alla prescrizione di certi tipi di farmaco, alla decisione se intervenire chirurgicamente, alla sottoposizione ad anestesia, all'esecuzione di quell'intervento da parte di un'*équipe* medica, alla fase dei controlli postoperatori, alle cure ordinate al paziente una volte dimesso dall'ospedale, è tutto un "cumularsi" o susseguirsi di prestazioni varie e molteplici, per lo più sulla base di competenze professionali diversificate, e sia pure "interagenti" tra loro. Il fenomeno, d'altronde, è destinato ad amplificarsi ulteriormente di fronte ai progressi della medicina nel campo dei trapianti d'organo, da taluno significativamente ricondotti ad un'ipotesi tipica di "trattamento diacronicamente plurisoggettivo":[23] invero, accanto all'opera dei soggetti incaricati di accertare l'integrità degli organi espiantandi, viene a collocarsi l'attività successiva consistente nel provvedere alla loro asportazione, e di poi al loro reimpianto nel corpo del paziente, fino ad arrivare alla fase, delicatissima (e che qui si suppone affidata alle cure di un altro specialista), volta a verificare l'andamento delle terapie e l'eventuale manifestarsi di "crisi di rigetto" nell'organismo del paziente medesimo.

Ebbene, non è difficile accorgersi come l'insistenza nel voler decifrare la vicenda in termini strettamente "causali" finisca col rivelarsi sostanzialmente inespressiva della fenomenologia che si cercato di delineare. Invero, il nugolo di condotte volte a contrastare il decorso della malattia denota l'intersecarsi di incombenze funzionalmente collegate tra loro, nel senso che ognuna di esse viene a fare da premessa allo svolgimento dell'altra, *senza che, tuttavia, possa dirsi che l'assolvimento dei doveri propri di ciascuno possa*

[23] *Cfr.* il già ricordato scritto di A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario diacronicamente plurisoggettivo*, *cit.*, p. 477 ss.

da solo assicurare un risultato favorevole al paziente. In sostanza, posto che al singolo soggetto siano richieste determinate prestazioni, non vi è alcuna possibilità di farne discendere un corretto adempimento dei compiti spettanti agli altri operatori, essendo l'intervento di questi ultimi frutto di una "scelta" liberamente operata, e non già di un *nesso* indefettibile con la precedente (o contemporanea) condotta da altri esplicata; ragionando *ex adverso* —supponendo, cioè, che uno o più tra i soggetti coinvolti abbiano mancato ai propri doveri professionali— non è dunque plausibile asserire che una condotta eventualmente conforme a tali doveri avrebbe scongiurato il verificarsi dell'evento, per la semplice ragione che non è dato sapere come si sarebbero comportati gli altri partecipanti all'attività, e non è dunque neanche ragionevole istituire, rispetto a quell'inosservanza, un rapporto causale *direttamente* collegato all'esito infausto.

Il fenomeno descritto, in ultima analisi, sembrerebbe, piuttosto, riprodurre le caratteristiche essenziali di un "concorso di persone nel reato", se del caso nella forma di una "cooperazione colposa" riconducibile al disposto normativo dell'art. 113 c.p.;[24] dove è ben chiaro che il rapporto tra le varie condotte non risulta decifrabile secondo un metro *causale* —dato che questo non può che intercorrere tra una condotta e un *evento*—[25] quanto invece, semmai, alla stregua di una relazione di carattere "strumentale", nel senso che ciascun operatore verrà appunto a "servirsi"

[24] In argomento *cfr.*, di recente, L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, *cit.*, pp. 821 ss., e, con ampi richiami alla giurisprudenza, A.di MARTINO, *Concorso di persone*, in G.A. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, vol. II del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo – C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 214 ss. In precedenza, per l'inquadramento generale del problema, v. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 106 s.

[25] Si consenta il rinvio a G. A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, *cit.*, pp. 332 ss.

dell'apporto degli altri partecipanti all'attività; di modo che l'addebito rivolto al singolo professionista non sarà sempre riconducibile, lo si ripete, ad un mancato *impedimento dell'evento*[26] (come se egli fosse l'unico soggetto chiamato ad intervenire), ma soltanto al non aver operato in maniera tale da favorire lo svolgimento delle proprie mansioni da parte di altri soggetti (anch'essi) impegnati nel trattamento.

7. L'IMPORTANZA DEL "PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO" E GLI ECCESSI DELLA GIURISPRUDENZA. MA V'È DI PIÙ

La pretesa di sondare la responsabilità medica —specialmente quella "plurisoggettiva"— facendo sempre ricorso ad un metro di tipo "causale" rischia di lasciare nell'ombra un ulteriore, fondamentale, profilo di valutazione, le cui implicazioni sulla disciplina della materia vengono ad interessare più da vicino il modo di atteggiarsi dell'elemento della colpa dell'operatore sanitario.

[26] F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., pp. 1282 ss. – seguito da F. Viganò, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Responsabilità*, *cit.*, pp. 255 s., che tuttavia perviene a differenti conclusioni - agita la questione se l'omesso 'impedimento' dell'evento non possa essere postulato per il solo fatto ch'esso si è appunto verificato. Peraltro, trattandosi di addebitare una responsabilità, resta pur sempre il problema di definire il nesso d'imputazione penalmente rilevante: problema che Viganò ritiene, in particolare, di risolvere mediante il richiamo al requisito della colpa. Sennonché, delle due l'una: o si finisce, ragionando in tal modo, con il doversi sempre più accostare ad una prospettiva *ex antea* (per quanto respinta dall'autore), oppure i risultati saranno largamente coincidenti con quelli sottesi ad una verifica causale, sia pur affrancata dalla pregiudiziale "nomologico-deduttiva" (come osserva giustamente G. Fiandaca, *Appunti sul "pluralismo" dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'assise*, 2011, p. 66); per non parlare poi del fatto che la riflessione sul problema necessita, giusta quanto si è detto e si dirà ancora *infra*, nel testo, di essere operata in più stretta connessione con le sempre più frequenti dinamiche plurisoggettive del fenomeno in esame.

Si tratta, in particolare, della necessità di attribuire la dovuta importanza al noto principio di "affidamento"[27] nei rapporti tra gli autori delle condotte poste all'interno dello scenario complessivo che siamo andati delineando. Il nocciolo essenziale di tale canone valutativo può riassumersi nel rilievo secondo il quale ciascun soggetto che prenda parte allo svolgimento di una determinata attività, deve, per l'appunto, poter confidare nel fatto che anche gli altri soggetti chiamati ad esercitarla si attengano alle regole che spetta loro osservare in ragione delle funzioni di volta in volta espletate. Invero, l'ordinamento non può ammettere che il singolo responsabile venga gravato dell'onere, non soltanto di rispettare le regole che lo riguardano, ma di esercitare, altresì, un controllo sull'assolvimento dei propri doveri da parte di coloro che siano tenuti parimenti ad adempierli in base alle rispettive competenze professionali. Qualora un simile principio venisse disatteso, si arriverebbe, invero, non soltanto a rendere intollerabilmente gravosa la posizione del singolo operatore, obbligandolo a verificare nei minimi dettagli le scelte proprie degli altri (malgrado questi debbano presumersi altrettanto capaci di agire correttamente), ma anche —di conseguenza— a rendere difficile, sotto il peso schiacciante di tale ulteriore incombenza, la puntuale osservanza dei doveri "personalmente" attribuiti a ciascun partecipante all'attività.

Nel nostro ambito, tutto ciò significa, a ben guardare, che ciascun operatore non sarà dunque tenuto (né, d'altronde, dovrebbe essere sollecitato) ad "ingerirsi" nello svolgimento di quelle "fasi" dell'attività terapeutica in linea di principio rientranti nelle funzioni assegnate ad un altro professionista. E da questo punto di vista, si comprende, allora, come tale circostanza venga a rappresentare

[27] Su tale principio, v., per tutti, la vasta e profonda indagine di M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1997.

un ulteriore ostacolo rispetto ad una verifica condotta in termini strettamente "causali". Invero, se si ritenesse che la responsabilità del medico —come richiesto da una verifica siffatta— debba essere *direttamente* collegata all'evento lesivo, sarebbe allora maggiormente congruo porgli a carico una sorta di "dovere di sequela" dell'intero percorso terapeutico: nel senso appunto che i suoi compiti non potrebbero limitarsi a predisporre le condizioni perché altri intervenga, dovendo invece estendersi, nei limiti del possibile, ad un controllo sull'operato dei propri colleghi, nonché ad eventuali interventi "surrogatori" rispetto ad altrui ritardi od inadempienze, nello sforzo estremo di arrestare l'evolversi del processo patologico in direzione di un esito infausto. Uno scenario, com'è agevole constatare, del tutto incompatibile con quella "divisione" di compiti oggi divenuta essenziale per fronteggiare la complessità dell'attività medico-chirugica: e che porterebbe con sé, quale effetto ulteriore (come vedremo meglio in seguito), anche la tendenza a concepire lo stesso requisito della "colpa medica" in termini tali da svincolarla dalla previa identificazione di una condotta specificamente collegata al tipo di rischio "personalmente" affidato alle cure del singolo operatore.

E tuttavia, non è possibile nascondersi come, a tutt'oggi, la giurisprudenza in materia —nonostante indubbi progressi nel senso di una più marcata articolazione e "distribuzione" dei ruoli in capo ai singoli esercenti l'attività— resti ancora fortemente condizionata da un atteggiamento scarsamente consapevole delle esigenze sottese al fondamentale principio di affidamento. Così, nell'ambito delle "strutture ospedaliere", si assiste sovente al riconoscimento di "doveri di controllo" in capo ai dirigenti "apicali" tali da spingersi verso un sindacato costante e capillare sull'operato dei medici "subalterni", nonostante che a questi la stessa normativa in vigore attribuisca un'ampia

sfera di autonomia nel seguire il percorso terapeutico:[28] e se è pur vero che emerge talora una distinzione tra "errori di valutazione" – di cui il capo-reparto sarebbe responsabile per non aver vigilato sui propri collaboratori – ed "errori di disattenzione" —i quali sarebbero invece imputabili, trattandosi di attività di mera *routine*, esclusivamente a questi ultimi—[29] non è men vero che i casi di esenzione da responsabilità appaiono quantitativamente assai modesti e sovente confinati a situazioni-limite incapaci di sovvertire una tendenza tuttora ampiamente diffusa nella prassi applicativa. Per converso, anche i medici subalterni vengono ritenuti non di rado responsabili, per non avere espletato le opportune verifiche sulle scelte dei propri "superiori", con la conseguenza di vedersi di fatto assegnato un ruolo sostanzialmente "paritetico" rispetto a quello che dovrebbe invece spettare unicamente al soggetto posto al vertice della struttura.[30]

Né può dimenticarsi, d'altronde, come una tendenza analoga a quella ora ricordata venga sovente a manifestarsi anche nello scenario, tipicamente "interattivo", de-

[28] In proposito, *cfr.* gli interessanti studi di L. Gizzi, *La responsabilità medica in* équipe, in *Responsabilità*, *cit.*, pp.51 ss.; D. Guidi, *L'attività medica in* équipe *alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, *cit.*, p. 223 ss.; A. Palma, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, in *Criminalia*, 2009, pp. 615 ss.; P. Piras – G. P. Lubinu, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina*, *cit.*, pp. 312 ss.; L. Ramponi, in D. Castronuovo – L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, *cit.*, pp. 992 ss.; E. Sborra, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina*, *cit.*, pp. 131 ss. Per ampi richiami alla giurisprudenza v. anche *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, pp. 37 ss.

[29] *Cfr.*, sul punto, D. Guidi, *L'attività medica in* équipe *alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale* , *cit.*, pp. 227 s., ed in precedenza, A. R. Di Landro, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico in* équipe, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 243 ss.

[30] Al riguardo, *cfr.* A. Vallini, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1629 ss., e, più di recente, L. Gizzi, *La responsabilità medica in* équipe, *cit.*, pp. 57 ss. V. anche la giurisprudenza riportata in *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, pp. 46 ss.

llo svolgimento di un'operazione chirurgica da parte di un *équipe*:[31] dove, la responsabilità del soggetto a capo del gruppo impegnato nell'intervento, viene ad essere riconosciuta in forma sostanzialmente "automatica", in base al presupposto dell'esistenza di un dovere di controllo esteso a tutte le fasi dell'operazione, nonostante che le mansioni corrispondenti (quali, ad es., quelle proprie dell'anestesista o di altri partecipanti all'esecuzione dell'intervento) risultino affidate a soggetti in grado, a loro volta, di assolverle con la necessaria competenza e diligenza professionale.

8. La colpa medica: le peculiarità delle regole cautelari e il problema della "personalizzazione" del giudizio. L'esperienza della "colpa grave"

Come si è dianzi anticipato, le osservazioni che precedono acquistano ancor maggiore importanza, una volta calate nel contesto della valutazione in termini di colpa del comportamento del sanitario. Nella riflessione della dottrina più consapevole è andata, in proposito, sempre più maturando la convinzione secondo la quale la varietà e la complessità dei casi in ambito professionale —così come dei molteplici fattori di rischio che ad essi si accompagnano— debba condurre a "ritagliare" e modellare la responsabilità del singolo esercente l'attività tenendo conto delle conoscenze e delle capacità sul piano tecnico-operativo da lui ragionevolmente esigibili.[32] Eppure, non è difficile accorgersi come un simile assunto debba fare i conti con al-

[31] *Cfr.*, tra gli altri, D. Guidi, *L'attività*, *cit.*, pp. 239 ss.; P. Piras– G.P. Lubinu, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, *cit.*, pp. 312 s.; L. Ramponi, in D. Castronuovo – L. Ramponi, *op. cit.*, pp. 996 ss. Per ulteriori richiami alla giurisprudenza, *cfr. Il diritto penale della medicina*, *cit.*, pp. 49 ss.

[32] Basti qui ricordare la mirabile sintesi di F. Palazzo, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1063 ss.

cuni profili problematici che vengono subito a delinearsi, non appena ci si accosti più da vicino al tipo di valutazione inerente alla colpa nel settore qui considerato. Una valutazione, per vero, che sembra non di rado resa difficile dalle stesse peculiarità delle regole di diligenza quali è dato sovente riscontrare proprio nell'ambito medico-chirurgico.

Vediamo di spiegare brevemente le ragioni di un simile fenomeno. Le regole rilevanti in tema di colpa si atteggiano, come ben si sa, alla stregua di precetti o imperativi "strumentali" volti a far sì che non si verifichino determinati eventi lesivi: se filtra dell'acqua da una parete, si dovrà procedere alle necessarie riparazioni, se c'è il rischio di cadute, si dovrà erigere un parapetto, se c'è gente intorno, ci si dovrà astenere dal lancio di sassi od altri oggetti pericolosi, e così via dicendo. In questi casi, peraltro, l'individuazione della regola cautelare, come emerge dagli stessi esempi ora formulati, potrà essere operata senza eccessive difficoltà. Più esattamente: la verifica del tipo di pericolo potrà certo richiedere delle valutazioni circa la causa e l'entità dello stesso; così, nel primo esempio considerato, si dovrà stabilire se un tubo si è rotto, se l'acqua filtra dal tetto, se la grondaia si è deteriorata, etc. E tuttavia, una volta stabilita l'origine del guasto, la misura volta a "prevenire" possibili danni sarà per lo più vincolata ad un percorso obbligato: la riparazione, cioè, di quella parte dell'edificio in cui si è verificata la perdita d'acqua.

Ma si consideri adesso l'attività medico-chirurgica. Anzitutto, di fronte a chiunque accusi uno stato di malessere, si aprirà subito lo scenario, non sempre agevole da decifrare, inerente alla "diagnosi" del tipo di malattia all'origine dei sintomi osservati; come dimostra il quadro offerto dalla prassi medica, l'indagine da compiere al riguardo può invero comportare notevoli incertezze e legittimare le più

diverse supposizioni, tanto da far apparire a molti censurabile il rigore di certa giurisprudenza nell'affermare *ex post* una responsabilità per colpa, quando, *ex ante*, fosse pressoché impossibile definire la natura della patologia e farne seguire i rimedi più appropriati.

Si ipotizzi, nondimeno, che la diagnosi sia stata correttamente formulata. A questo punto, ed anche ammesso che il tipo di affezione —ad es., un'ulcera— rientri in un quadro nosografico sufficientemente consolidato, tutt'altro che agevole potrà rivelarsi, nondimeno, l'individuazione della terapia più adatta ad estirpare quell'ulcera. Qualora, ad es., le condizioni generali del paziente facciano apparire rischiosa un'eventuale soluzione di tipo chirurgico, si dovrebbe allora optare per una differente scelta terapeutica: ma se, ad es., un certo tipo di farmaco, pur da tempo sperimentato, fosse tale da poter favorire, rispetto a quel paziente, il manifestarsi di reazioni di tipo allergico? E se, viceversa, un altro tipo di prodotto, il quale pur escluda tali complicazioni, si rivelasse non altrettanto efficace per curare quell'ulcera? Non sarebbe allora preferibile – nonostante ciò possa comportare ulteriori ritardi – sentire il parere di altri specialisti competenti nel ramo? E che fare, se questi consigliassero invece, pur tra mille titubanze, il ricorso all'intervento chirurgico?

Quanto detto dovrebbe già bastare a cogliere il senso più profondo dell'intera problematica: ossia, a ben guardare, la circostanza in base alla quale le regole cautelari in materia, non soltanto presentano difficoltà nella fase della verifica e della "valutazione", ma anche in quella, più strettamente "modale" ed operativa, della scelta del percorso terapeutico; tali regole, si può ben dirlo, pur collocandosi (anch'esse) su di un piano "strumentale" rispetto all'obiettivo perseguito, si rivelano, dato l'ampio

'ventaglio' delle soluzioni prospettabili, necessariamente caratterizzate da una *strumentalità alternativa*, ossia non riducibile ad una sola opzione (o a un novero limitato di scelte), come accade invece negli altri settori precedentemente considerati. Ecco dunque spiegato l'atteggiamento di forte sospetto con cui a tutt'oggi si guarda alle indicazioni contenute nelle c.d. 'linee-guida' (pur elaborate da associazioni professionali di riconosciuto prestigio):[33] tali indicazioni, per quanto fondate su acquisizioni scientifico-sperimentali meritevoli di attenta considerazione, non saranno, invero —di fronte all'estrema varietà dei casi clinici— in nessun caso idonee a tradursi in un percorso vincolante, per ciò stesso in grado di esentare da responsabilità il medico che vi si sia uniformato.

Ma ecco anche spiegato come la pur tendenziale classificazione —da tempo in uso nel settore penalistico— in distinti "agenti-modello" ai fini della valutazione della colpa si dimostri non sempre decisiva per definirne il concreto ambito applicativo riguardo all'esercizio della professione medica. Invero, a parte la considerazione che perfino ruoli professionali "tipologicamente" diversificati (si pensi, da un lato, ad uno specialista in ortopedia, dall'altro ad un esperto in malattie uro-genitali) tendono ad avvicinarsi tra loro quanto meno nella fase della "diagnosi" della specifica patologia (nell'esempio fatto, l'ortopedico dovrà pur valutare se determinati sintomi fossero veramente indicativi di un problema di sua competenza...), resta soprattutto da osservare che il "modello" di riferimento per il giudizio di

[33] In tema v. ancora F. Palazzo, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, *cit.*, p. 1064, nonché R. Bartoli, *Paradigmi*, *cit.*, pp. 117 ss.; M. Caputo, *"Filo d' Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 1 ss.; A. Di Landro, *Linee-guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, cc. 424 ss. (in riferimento a Cass., sez. IV, 23.11.2010, n. 8254, *ivi*, cc. 416 ss.); P. Piras – A. Carboni, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina*, *cit.*, pp. 286 ss.

colpa deve fare i conti proprio con lo scenario problematico che si è cercato poc'anzi di delineare.

La giurisprudenza in materia, pur ispirandosi talvolta —come si è poc'anzi osservato— a valutazioni di eccessivo rigore (sia rispetto alla diagnosi, che alle scelte in fase di terapia) è destinata, ciò nondimeno, ad offrire una significativa conferma di quanto siamo andati osservando. Frequente è invero l'addebito in base al quale il medico *avrebbe potuto* eseguire ulteriori accertamenti, *avrebbe potuto* domandarsi se l'"ambiguità" del quadro clinico non suggerisse il parere di un altro specialista, *avrebbe potuto* rendersi conto che era necessario il prolungamento della degenza, *avrebbe potuto* essere più "prudente" nella scelta della terapia, *avrebbe potuto* evitare di aggravare la condizione del paziente mediante un intervento meno "invasivo", *avrebbe potuto*, già *in apicibus*, "aggiornarsi" maggiormente circa determinate acquisizioni tecnico-scientifiche tali offrirgli maggiori possibilità di "successo".[34]

In un quadro del genere, si può allora comprendere più chiaramente il motivo per il quale una parte della dottrina e della giurisprudenza abbia sentito invece la necessità di fare ricorso, nel sindacare la responsabilità del sanitario, a dei parametri di valutazione ispirati ad una maggiore "benevolenza", desumendoli, in forma più o meno esplicita, dall'art. 2236 del codice civile, in base al quale, "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se

[34] Si vedano le non rare pronunce riportate in *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, pp. 150 ss.; in proposito, con esame accurato di non poche di esse, ed evidenziando, assieme ad alcuni significativi progressi, il perdurare tuttora di eccessi sul piano repressivo, v. l'approfondito studio di D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina*, *cit.*, spec. pp. 256 ss.. In argomento v. pure V. Attili, *L'agente-modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1242 ss.

non in caso di dolo o di *colpa grave*".[35] Una soluzione che ha ricevuto, in effetti, un avallo particolarmente autorevole ad opera della Corte costituzionale (nella sentenza del 28 novembre 1973, n. 166),[36] la quale ha avuto modo di osservare che, se è vero che, trattandosi di regole di doverosa "prudenza" e "diligenza", il professionista è imputabile alla stregua di un criterio "comune" di colpa (si pensi all'obbligo di eseguire un'operazione con strumenti previamente sterilizzati o di non somministrare una certa medicina senza aver visitato attentamente il paziente), non è men vero che, laddove si tratti invece di impiegare le proprie doti di "perizia" di fronte a situazioni più incerte ed opinabili, al medico non potrà addebitarsi qualsivoglia insuccesso od insufficienza delle cure prestate, pena il rischio di limitare in maniera intollerabile un'attività pur sempre rivolta alla tutela della salute: cosicché, in definitiva, si dovrebbe in tali casi fare applicazione proprio del criterio della "colpa grave", in modo da colpire le sole inosservanze che manifestino un'evidente carenza a livello professionale, e da escludere, viceversa, l'esistenza della colpa, laddove la misura della perizia richiesta si ponga al di là dei confini di un pur attento e coscienzioso esercizio dell'attività considerata.

[35] In merito a tale orientamento, *cfr.* il quadro tracciato da L. Risicato, *La colpa*, in *La legge penale, il reato*, *cit.*, pp. 222 s. In precedenza v. l'ampia panoramica di A.R. Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità"* ex *art. 2236 c.c. alle prospettive della* gross negligence *anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, pp. 736 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, *cit.*, pp. 322 ss. Sul tema v., del resto, F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 622 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 535 ss., 547 ss.; L. Cornacchia, *Colpa incosciente e colpa lieve: le ragioni di una possibile delimitazione della responsabilità penale*, in G. A. De Francesco – E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 193 ss.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, *cit.*, pp. 187 ss.

[36] Vedila in *Giur. cost.*, 1973, p. 1795 ss.

Ad avviso di alcuni autori, siffatte considerazioni sarebbero, utili, inoltre, per "gettare un ponte" sulla verifica inerente al c.d. momento "individualizzante" dell'addebito colposo,[37] ossia su quella "misura soggettiva" che, secondo una certa impostazione, dovrebbe ricondurre ad un ambito più limitato l'effettiva "rimproverabilità" di chi pure abbia operato in maniera "irregolare". Si tratta peraltro di una questione che resta a tutt'oggi —ed ancor più nello specifico settore della responsabilità medica— avvolta da incertezze e da perduranti profili di ambiguità. Essa oscilla, per vero, tra la valorizzazione di ulteriori "tipologie" e modelli di agente concepiti pur sempre secondo logiche relativamente "standardizzate" (ed in questo senso, il suo significato non sembra presentare una reale autonomia rispetto al quadro delle valutazioni con cui ci stiamo confrontando), e la considerazione di particolari circostanze —ad es., un'improvvisa crisi di stanchezza, una difficoltà inattesa tale generare uno stato di concitazione o di disorientamento, ed altre analoghe contingenze—[38] che

[37] V., in particolare, D. Castronuovo, *La colpa penale*, *cit.*, pp. 527 ss.; Id., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1635 ss., 1643. Con diverse articolazioni sistematiche v. anche A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 233 ss. Sul problema dell'individualizzazione della colpa *cfr.*, per tutti, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, *cit.*, pp. 79 ss.; G. Forti, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, *cit.*, pp. 668 ss.; F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, *cit.*, pp. 107 ss.; A. Massaro, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Aracne, Roma, 2011, pp. 160 ss. In precedenza v. l'analisi problematica dell'argomento contenuta nell'importante indagine di G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 188 ss.

[38] *Cfr.* F. Palazzo, *op. cit.*, pp. 1065; nonché D. Castronuovo, *La colpa*, *cit.*, pp. 577 ss., 599 ss. Peculiarità differenziali sembrano invece presentare le situazioni di 'urgenza', dalle quali derivi un incremento dei rischi collegati all'intervento medico: sul punto, *cfr.* i rilievi di R. Blaiotta, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, *cit.*, pp. 774 ss.

appaiono, non soltanto statisticamente marginali, ma anche non sempre idonee (si pensi ad un'eccessiva stanchezza, solitamente prevedibile e quindi anche fronteggiabile) a giustificare l'esenzione da responsabilità.

9. VERSO UN COORDINAMENTO TRA DOVERI DI GARANZIA E PRECETTI CAUTELARI: LA "SPECIALIZZAZIONE" DEI SAPERI E DEI RUOLI DEI PARTECIPANTI ALLA VICENDA TERAPEUTICA

Al di là di simili discussioni e sviluppi ulteriori, va piuttosto osservato come la tendenza generale ora ricordata, nonostante lo sforzo in direzione di una maggiore "personalizzazione" del giudizio di colpa, esiga in ogni caso di venire sottoposta ad una valutazione critica più penetrante. In effetti, di fronte al rilievo attribuito (dalla stessa Costituzione) al bene della salute —e, correlativamente, al "rango" e all'importanza della "missione" affidata a chi se ne sia reso garante— l'idea che si possa andare impuniti quando era pur sempre possibile approfondire, estendere, "completare" l'analisi del quadro clinico o di orientarsi verso più efficaci soluzioni terapeutiche non può non destare alcune comprensibili riserve. Il fatto è che, all'interno del "settore" devoluto alle competenze del singolo professionista, questi sarà necessariamente tenuto ad esperire ogni tentativo —se non di "impedire" il verificarsi dell'evento— quanto meno di accrescere nella massima misura possibile le *chances* di un miglioramento delle condizioni del paziente.

Quel che resta problematico è, piuttosto, l'assunto in base al quale sul medico dovrebbe gravare una sorta di responsabilità "a tutto campo", per così dire, come tale difficilmente compatibile, sia con l'inevitabile "specializzazione" di saperi che domina l'attuale realtà professionale, sia anche —come dimostrano numerose vicende giudiziarie— con la difficoltà "pratica" di seguire dall'inizio alla fine l'intera vicenda di ogni singolo paziente, come pure quella di "controllare" ripetutamente (fino ai limiti del parossismo) l'operato di terzi, di ridiscuterne le scelte, di "tornare" eventualmente sulle proprie decisioni (con il rischio, tra l'altro, di rinviare interventi già predisposti, malgrado le "evidenze disponibili" non ne escludano manifestamente la convenienza): quasi a coltivare una sorta di "dubbio sistematico" (e non già "metodico", secondo il modello cartesiano), il quale, nei suoi esiti estremi, potrebbe addirittura rivelarsi paralizzante.

Se è pur vero, in altri termini, che l'organismo del paziente rappresenta un'entità unitaria ed "olistica", per così dire —come tale caratterizzata da reciproche influenze ed interazioni tra le componenti che presiedono al suo complessivo funzionamento— non è men vero, tuttavia, che proprio la progressiva articolazione delle conoscenze e delle competenze operative all'interno della "classe medica" impone oggi di guardare con maggiore realismo ad una più netta "suddivisione" di compiti e di incombenze già di per se stessi gravati (complici gli stessi progressi della scienza) da un livello di complessità particolarmente elevato.

Per essere più espliciti: in primo luogo, non è ammissibile che al medico possa venire comunque attribuita —come attenta dottrina non ha mancato di rilevare, "interpretando" in tal modo il senso e la portata dello stesso criterio della "colpa grave"—[39] la responsabilità dell'intera vicenda terapeutica; in secondo luogo, ciò non esclude affatto (ma anzi sollecita ulteriormente) un "dialogo" tra i singoli operatori (ivi incluse le "segnalazioni" ed i "controlli" nei rapporti gerarchici all'interno delle strutture),

[39] Davvero perspicue le osservazioni di P. Veneziani, *I delitti, cit.*, pp. 330 ss.

pena altrimenti il venir meno di quel coordinamento tra informazioni, valutazioni, percorsi (anche "in comune") da sviluppare per condurre a buon fine il complessivo *iter* trattamentale;[40] in terzo luogo, e a mo' di "sintesi", per così dire, di entrambe le esigenze ora delineate, si deve tuttavia rimarcare con forza come, nel rispettivo ramo di competenze, l'"ultima parola"debba comunque spettare a chi deve ritenersi specificamente responsabile della singola "fase" di quel percorso, in modo da evitare di porre a carico degli altri (pur quando si tratti di soggetti "nel proprio campo" espertissimi) un'ulteriore responsabilità per non aver "fatto il possibile" al fine di assicurare per altra via un esito positivo dell'intervento. Ed anche quando, tra soggetti egualmente 'versati' in una certa disciplina, l'uno abbia affidato all'altro l'esecuzione di un determinato compito —ad es., l'effettuazione di una diagnosi— sembra irragionevole ammettere una responsabilità del primo soggetto per non avere, in ipotesi, ripetuto quell'accertamento, quando non v'era motivo di sospettare un'eventuale inadempienza del soggetto affidatario.

Tutto sembra convergere, insomma, verso una conclusione, che, a questo punto, pur nella consapevolezza delle difficoltà e delle insidie che la materia presenta, parrebbe quella maggiormente in linea con le problematiche della responsabilità colposa nel settore medico-chirurgico. In altre parole: il "senso" stesso di tale addebito soggettivo sembra porsi, a ben guardare, quale sviluppo ed "integrazione", per così dire, delle stessa valenza attribuita al correlativo dovere di garanzia[41]: il "ruolo" del medico si proietta, bensì, verso quel livello "massimo" richiesto dal dovere di tutela della salute; si esprime, inoltre, a livello di contenuti

[40] *Cfr.* ancora P. Veneziani, *I delitti*, *cit.*, pp. 330 s.

[41] Coglie bene tale profilo D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, *cit.*, p. 251.

—e nei limiti, beninteso, *delle sole cognizioni ex ante disponibili*— nell'esperire le diverse possibilità insite nella tipica "strumentalità alternativa" propria delle regole cautelari; ma esso, pur tuttavia, non può estendersi oltre l'ambito "funzionalmente" connesso a quel ruolo, sì da impedire che la stessa colpa venga caricata di una pretesa eccedente l'ambito del "personale" coinvolgimento del singolo operatore, quale risulta collegato (e concretamente devoluto) alla sua specifica esperienza e competenza all'interno del percorso terapeutico.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Fondamento giustificativo dell'atto medico, posizione di garanzia, consenso informato e trattamento arbitrario:

PULITANÒ D., *L'attività terapeutica*, in *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2011, 35.

Causalità in medicina e causalità omissiva:

BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 32.

ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 891.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.

In tema di colpa (con particolare riferimento all'attività medica):

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.
GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 110.
MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

Causalità e colpa in contesti plurisoggettivi (responsabilità d'équipe, principio di affidamento):

GUIDI D., *L' attività medica in* équipe *alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani, Pisa, 2009, 209.
VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 477.
VALLINI A., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 1629.

In genere sulla responsabilità penale del medico:

AAVV, *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani, Pisa, 2009.
AAVV, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010.
F. GIUNTA – G. LUBINU – D. MICHELETTI – P. PICCIALLI – P. PIRAS – C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011.

VII. DEONTOLOGÍA JURÍDICA

LA ÉTICA Y EL ABOGADO

EBER BETANZOS*

La ética no se puede decir o expresar, sino sólo se puede mostrar y por lo tanto no es objeto de la intuición sino de la emoción.

Ludwig Wittgenstein.

RESUMEN: La práctica de una profesión o un oficio y los indispensables roles familiares y del ciudadano crean un espacio inevitable de ejercicios éticos, tanto individuales como sociales. Circunscrito a la práctica del abogado se refiere a quien desarrolla esta profesión y participa en la representación de un tercero en una controversia ante un juzgador. Estos personajes jurídicos actúan en la sociedad como actores del perfeccionamiento de la vigencia del estado de la justicia. En esta responsabilidad es importante hacer una elección por la justicia. No obstante el realismo de la pasión humana, la idea de la justicia y de la bondad se conservan al menos como tendencia y sensibilidad; en ello el abogado para cumplir su misión social está llamado indispensablemente a observar parámetros de comportamiento deontológico. Esto ha sido reconocido y ha llevado a establecer la colegiación obligatoria de los abogados la cual garantice un ejercicio más ético y responsable de la profesión y funcione como mecanismo de unión para conservar la conducta recta ante las presiones del medio, estudiándose por ello, en este artículo, los elementos éticos previstos en la legislación mexicana e Iberoamericana.

PALABRAS CLAVE: Abogado, justicia, colegio, responsabilidad ética.

* Profesor de Historia del Derecho en la Escuela Libre de Derecho.

Abstract: La pratica di una professione o mestiere e gli indispensabili ruoli familiari e di cittadino, creano un inevitabile spazio di esercizio etico, di atti e conseguenze degli stessi, tanto individuali come sociali. Circoscritto alla pratica dell'avvocato, riferisce a chi svolge questa professione, è chi che partecipa nel consiglio a un terzo in una controversia davanti ad un rappresentante della giustizia. Questi personaggi giuridici partecipano nella società come attore del perfezionamento della vigenza dello stato di giustizia. In questa responsabilità è importante fare una scelta per la giustizia. Nonostante il realismo della passione umana, l'idea della giustizia e della bontà si conservano almeno come tendenza e sensibilità; in quello l'avvocato, nel compiere de la sua missione sociale è chiamato indispensabilmente a osservare parametri di comportamento deontologico. Questo è stato riconosciuto ed ha portato a stabilire un collegio obbligatorio dell'albo il quale garantisce un esercizio più etico e responsabile della professione e funzione come meccanismo di unione nel conservare una condotta retta davanti alle pressioni del medio, studiandosi, per quello in il texto, gli elementi etici previsti nella legislazione messicana e Iberoamericana.
Parole chiave: Avvocato, giustizia, mestiere, responsabilità etica.

1. Por los caminos de la ética

La ética o filosofía moral es la parte de la filosofía encargada de analizar, con base en la razón teórica, la corrección de los actos humanos, en orden al bien trascendente, para buscar realizarlo libremente a través del ejercicio de la razón práctica, orientada por la dignidad humana.[1] Se desa-

[1] Betanzos Torres, Eber Omar, *Introducción a la Ética*, Porrúa, México, 2011, p. 1.

rrolla en forma indisoluble con la vida del hombre. Es su origen[2] y su destino.[3]

Su contenido se bifurca desde la individualidad y en su sociabilidad. En el primer caso se centra en la idea de lo bueno que lo trasciende, por realizarlo.[4] En el segundo, en la dotación de educación y un orden social vigente. Ambas dilucidarán, en diversas riquezas de mutua comunicación, qué es lo bueno[5] y porqué conviene al ser, preferir realizar determinada conducta.

En ambos aspectos se han inscrito diversas ideas en la historia del pensamiento, de vertiente teológica o filosófica. Todas ellas han sido pasadas por los matices de la fe dictante de acciones y la razón valoradora de cada una.[6] Racionalmente rondó su origen en torno a la idea del bien y de la virtud (Aristóteles y Santo Tomás principalmente), lo que —en ciertas interpretaciones— ha llevado a apreciaciones difícilmente objetivas.

Ya entrada la Ilustración, Kant se propuso eliminar los juicios subjetivos, a través de la puesta en marcha del im-

[2] A la manera de Martin Heidegger *"aquello a partir de donde y por lo que una cosa es lo que es tal y como lo es"*. *Caminos de Bosque*, Alianza, Madrid, 1996, p. 11.

[3] Esto es su finalidad. En el caso del hombre esta no es la culminación de su vida material, sino la trascendencia —no necesariamente la vida después de la muerte— a partir de la realización en ella de su naturaleza racional y digna.

[4] Comprende la satisfacción de sus apetitos sensibles (los instintos racionalmente controlados) y espirituales (conocer y amar).

[5] Antes de ser una ética del deber (la de Kant) los orígenes de esta disciplina se encuentran en la noción del bien cuyo obrar lo perfecciona. Aristóteles, *EN (Ética a Nicomaco*, Tecnos, Madrid, 2009*) I, 1: 1094 a 1-3*. En ella convergen el *ethos* y el *logos*, la *areté* y la *dianoética* (*techne* y *pronesis)* manifestada en la *polis*. Esta posición es desarrollada por Santo Tomás desde el racionalismo natural, lo cual funde al ser y lo bueno en una identidad. *ST* (*Suma de teología*, BAC, 2005) I, 16, 2-3.

[6] Sin esto implicar sumergirse en el yo de la inmediatez de la experiencia del presente. "...Lo estético que hay en el hombre es aquello por lo que él es inmediatamente aquello que es, lo ético es aquello por lo que él llega a ser lo que llega a ser". Kierkergad, Søren, *Enten-Eller (Aut-Aut)*, Adelphi, Milano, 1989, p. 46.

perativo categórico.[7] Este propósito no alcanzó resultados de objetividad absoluta —lo cual era su propósito— ante la evidente dificultad de ser exitosos en esta meta. La moral de la razón terminó sucumbiendo, hoy y siempre —al menos en la realidad cotidiana— ante una moral siempre obrante en el marco de la libertad, influida por la pasión y en ejercicio imperfecto de las virtudes.[8]

El hombre no sólo puede verse en su individualidad. Es un ente en relación. Su pertenencia a un grupo social está definida por su carácter bilateral. Por esta característica sus integrantes comparten derechos y obligaciones. Ambos tienen una correspondencia vinculante; tan estrecha, que el ejercicio de cada uno de estos aspectos representa una condición necesaria para la vida individual y social. Por eso es natural que sus libertades y lesiones repercutan en ambos. La colectividad será, además, un espacio indispensable de realización personal. En este contexto, es lógico pensar en el ámbito profesional como el espacio de una de las vertientes más relevantes para la trascendencia individual de los seres humanos.

Muchos años de su vida adulta están enfocados a la práctica de una profesión u oficio, además de sus indispensables roles familiares y de ciudadano, significando estos un

[7] Formulado desde el punto de vista interno —el imperativo moral— se expresa: obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal." *KpV* (*Crítica de la razón práctica,* FCE-UAM-UNAM, México, 2005) 54, p. 30 y desde el externo —imperativo jurídico— se frasea: "obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal. *MdS* (*La metafísica de las costumbres,* Tecnos, Madrid, 2005), p. 231.

[8] Recuérdese el esfuerzo de Alasdair McIntyre para volver la mirada a la virtud, en la modernidad, como fundamento de la ética, y así superar el emotivismo de una moral sin bases metafísicas. Ello implicaría a los individuos actuar virtuosamente desde una inclinación formada en juicios verdaderos y racionales, dentro de una estructura metafísica individual y social. *Tras la virtud,* Crítica, Barcelona, 1984, p. 189.

espacio ineludible de ejercicio ético de actos, así como de la recepción de sus consecuencias, tanto en lo individual como en lo social. Dada esta importancia volver la mirada hacia ella es interesante. Este artículo se enfocará a este tema, circunscrito al oficio de abogado.

La raíz etimológica *advocatus*[9] refiere al verbo *advocare* (llamar, convocar, reunir, hacer venir).[10] Desempeñar esta profesión históricamente refiere a aquel que, en una controversia, participa en el consejo o representación de un tercero ante el encargado de decidir quién tiene la justicia[11] —en su variedad de apreciaciones—. La misión de impartirla, siguiendo a Celso, lleva a la "técnica de lo bueno y lo justo".[12] Su apreciación a pesar de deber ser simple generalmente es complicada,[13] especialmente para cada caso concreto en donde la sencillez se desvanece.

[9] Raíz común para las lenguas latinas: en español abogado, en italiano *avvocato*, en francés, catalán y rumano *avocat*, en portugués *advogado*. En los países germánicos (a cuya vertiente pertenece el inglés) el término está subrayado en torno al culto a la ley: *Rechtsanwalt* en alemán y *lawyer* en inglés.

[10] Voz "advoco, avi, atum, are". Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario Latín-Español, Español-Latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico,* Porrúa, México, 2006.

[11] Es en una compleja red de percepciones sobre la justicia presentes en el hombre como es valioso buscar aproximarse, una y otra vez, a aquello a lo cual llamamos justicia.

[12] "Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término *ius*. Es llamado así por derivar de *iusticia*, pues como elegantemente define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres no sólo por el temor a los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía". Digesto 1, 1, 1, pr. 1. (Justiniano, *El digesto del emperador Justiniano,* TSJDF, México, 2007).

[13] "A pesar de presentarse una pluralidad interpretativa sobre una resolución se conserva un resplandor común de justicia dotado por la igual dignidad humana que comparten todos los hombres". Betanzos Torres, Eber Omar, *La justicia de los jueces,* Pro-Manuscrito, ELD, México, 2012, s/p.

El juez, el litigante[14] y las partes se presentan ante la noción de justicia humana, en los órganos jurisdiccionales, cuando existe una divergencia en torno a los derechos y obligaciones privados y públicos, que reconoce o confiere un orden jurídico determinado. En sustancia, la acción de juzgar refiere al acto en el cual un hombre —del cual una de sus virtudes, más o menos desarrolladas según la persona, es la justicia trascendente—[15] debe establecer lo justo según el derecho y con base en esa justicia —ello emana y es reflejo de su propio humanismo—, proceso en el cual, a partir de los elementos aportados por las partes, se debaten en él sentimientos, equidad, posiciones racionales e hipótesis normativas a interpretar e integrar en cada asunto particular.

El proceso de justicia —estatalmente conferido a una autoridad, ya sea el Rey, el Poder Judicial, los amigables componedores, etcétera— está basado, en el mundo occidental, en una Norma Fundante Básica. En ella, se establecen parámetros de contenido ético para las actividades relacionadas con la impartición de justicia.[16] La razón de

[14] La Constitución de la República Federativa de Brasil le reconoce constitucionalmente su relevancia en el funcionamiento de la administración de justicia: "artículo 133. El abogado es indispensable para la administración de justicia, inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de su profesión, con los límites de la ley".

[15] Su dignidad antropológica lleva a pensar en un orden correcto para su realización, el cual, en justicia, está llamado a realizar a través de su obrar cotidiano.

[16] La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en el primer y segundo párrafos del artículo 17: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales". En derecho comparado puede verse también, ejemplificativamente, elementos programáticos sobre la actividad jurisdiccional. En la primera parte de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de América "En toda causa criminal,

ello radica en la vocación social de realizar una demanda fundamental para la suscripción del pacto original que da

el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial"; el primer párrafo del artículo 64 de la Constitución de la República Francesa: "El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial"; la Constitución del Reino de España dispone en el artículo 117: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley."; la Constitución de la República Italiana indica en el segundo párrafo del artículo 101: "Los jueces sólo estarán sometidos a la ley" y en la primera parte del precepto 111: "La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley. Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley."; el artículo 114, punto 6, de la Constitución de la República Argentina establece como atribución del Consejo de la Magistratura: "Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia"; la Constitución de la República Federativa de Brasil contiene en el artículo 93.2.9: "Todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas sus decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley, si el interés público lo exigiese, limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y sus abogados, o solamente a éstos"; la Constitución para Europa señala en su artículo II-107, denominado *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*: "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia". Habrá que considerar además lo que establecen tratados internacionales en materia de derechos humanos, en torno a la administración de justicia, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8. Garantías Judiciales, punto 1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter") o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal").

razón de ser al Estado;[17] pero, más profundamente, en la natural necesidad del ser humano de justicia.

Estos elementos tejen la participación de los abogados en la sociedad. Se traducen en términos efectivos en la vigencia y perfeccionamiento del Estado de seguridad y justicia social, establecido en los documentos fundamentales como ejes rectores de su organización y convivencia, necesarios para la realización individual de todos sus integrantes.

2. La opción por la justicia

Meditar acerca de la opción por la justicia es ya una afirmación difícil. Parecería hay otra posibilidad, y de hecho la hay;[18] pero por otro lado es relevante notar que el hombre,

[17] Así por ejemplo la participación de los abogados ha sido recogida en las Constituciones, sobre todo en el orden penal, para garantizar el derecho a una legítima defensa. Se citan algunos ejemplos. La fracción VII de la Constitución mexicana, en su primera parte, indica: "Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención..."; el artículo 17.3 de la Constitución española, en su última parte: "Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca". Esta labora colaborativa de defensa penal, sin especificar la participación del abogado, está señalada en la segunda parte del artículo 107 de la Constitución Europea: "Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

[18] Una persona podría optar por hacer el mal, pero aún en esa decisión tendrá irremediablemente que decidir por el bien —que no es de ningún modo general— (alimentarse, atesorar bienes, etcétera) y conservar un código de ética consigo mismo, como vocación natural de justicia —a pesar de la imperfección contenida en ella— (cumplir sus objetivos, a pesar de tener, precisamente, el propósito de no tenerlos; repartir equitativamente las ganancias ilícitas, etcétera). El bien último —también llamado supremo o absoluto— es aquél con capacidad de saciar plenamente el apetito, de tal suerte que el apetente ya nada más puede desear. El bien relativo —o imperfecto o participado— sólo satisface un aspecto particular de las apetencias. Tómese en cuenta que en razón de la apetibilidad se divide al bien en bien honesto, deleitable y útil. El bien honesto —o también bien racional—, es el bien apetecible en sí y por sí, y conviene a la naturaleza racional; éste es siempre un bien verdadero —por ejemplo el derivado de la máxima "ama a tu próximo"—. El bien deleitable es el apetecible en

así como está condenado a su libertad,[19] también lo está a percibir la justicia. Aún en los casos patológicos, los actores de una determinada conducta inapropiada conservarán cierta noción de aquello justo o injusto en torno a ellos[20] —a pesar de presentarse estas reflexiones en condiciones extremas de inimputabilidad—. Evidentemente los patrones de justicia/injusticia presentes en el comportamiento humano no son permanentes. Si bien se busca estos sean constantes en ejercicio de un don natural, la práctica de principios y virtudes axiológicos, el imperio de las normas jurídicas[21], y/o una mezcla de todos los elementos anteriores. Un obstáculo que se muestra insuperable en su universalidad es la congruencia de los actos,[22] la solución de los casos difíciles[23] y la cotidianeidad.[24] Es claro que el ser

cuanto causa un placer en el apetito del que lo goza —por ejemplo divertirse practicando un deporte—; puede ser verdadero o aparente y falso. Finalmente El bien útil es aquello apetecible no en sí sino en razón de otra cosa a cuya consecución ayuda —por ejemplo, la medicina respecto de la salud—.

[19] "Estamos solos, sin excusas. Es lo que expresaré diciendo que el hombre está condenado a ser libre. Condenado, porque no se ha creado a sí mismo, y sin embargo, por otro lado, libre, porque una vez arrojado al mundo, es responsable de todo lo que hace" Sartre, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 68-69.

[20] Caso del sentimiento de buscar y querer se le siga un debido proceso, etapas de arrepentimiento, no tolerancia voluntaria a abusos en su reclusión, entre otros elementos.

[21] Piénsese por ejemplo en la prevención general negativa y la intimidación punitiva ejercida por las normas del derecho penal.

[22] Por ejemplo el supuesto de un juez el cual es un excelente funcionario judicial, reconocido por la calidad y sensibilidad de sus resoluciones, pero, en su vida personal, se caracteriza por actos carentes de bondad y sentido de justicia, siendo quizá tirano con su familia y con él mismo. Véase Malem Seña, Jorge: "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, número 24, Universidad de Alicante, 2001, pp. 379 a 403 y Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México. 2004, pp. 119 a 150.

[23] Es decir los casos en los cuales el orden jurídico no tiene una regla específica para establecer un criterio para solucionarlos a discreción judicial. Hart, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1997, p. 183.

[24] Si a una persona le entregan dinero falso, cuando se dé cuenta, además de la frustración que posiblemente sentirá, su primera pasional reacción será

humano no es ni puede ser absolutamente bueno y por ende absolutamente justo.[25]

No obstante el realismo de la naturaleza pasional del ser humano la idea de justicia y de la bondad se conservan, al menos como tendencia y sensibilidad para su percepción.

buscar deshacerse de él entregándoselo a un siguiente sujeto. Sin embargo, si opta por esta conducta, estará prolongando el camino de actos injustos, de los cuáles él también ya ha sido una víctima. Otro caso del género es el de un turista, en algún país extranjero o inclusive en el suyo, víctima de un engaño. Alguien lo aborda en el camino, le hace plática, gana su confianza y le dice le ayudará a comprar algo buscado por él. Toma su dinero y nunca regresa. La víctima lógicamente se sentirá mal. Sin embargo, cuando se pone a reflexionar la situación se da cuenta que realmente sólo le han privado de algo material; lo cual no debe afectarlo más allá del mal trago, debiendo mirar un poco hacia el perdón del ofensor y pensar que el camino desviado del agresor no lo está conduciendo a nada y, tarde o temprano, eso le causará al agresor rechazo y soledad por sus malos actos –sin que desee para él esa consecuencia–. Sin embargo, desde la óptica jurídica, también deberá observar que el sendero para perdonar se apoyaría grandemente si acudiera el derecho penal para imponer una sanción al defraudador. En todo caso la invitación a tener fe y no desconfianza entre unos y otros es permanente, siendo ello un elemento ético *per se*.

[25] El mismo Jesús de Nazaret sufrió ira. El Nuevo Testamento da cuenta de su expulsión del Templo, de manera drástica, a los vendedores. Más allá de la cuestión teológica y un tanto a la ligera podría preguntarse: ¿qué culpa tenían los afectados?, ¿quién pagaría por las mercancías perdidas?, ¿tendrían derechos adquiridos por haber vendido sus productos por muchos años en ese lugar?, ¿no se trataba sólo de elementos materiales —en ese tiempo estimados lícitos— que no afectaban sustancialmente la trascendencia de la intención de ofrendar a Dios?, ¿fue apropiado expresar que los vendedores habían hecho de ese lugar sagrado una "cueva de ladrones. Las citas bíblicas concretas están en Lucas: "19: 45. Y entrando en el templo, comenzó a echar fuera a todos los que vendían y compraban en él" y "19: 46 diciéndoles: Escrito está: Mi casa es casa de oración; mas vosotros la habéis hecho cueva de ladrones"; Marcos: "11: 15. Vienen, pues, á Jerusalén; y entrando Jesús en el templo, comenzó á echar fuera á los que vendían y compraban en el templo; y trastornó las mesas de los cambistas, y las sillas de los que vendían palomas;", "11: 16. Y no consentía que alguien llevase vaso por el templo" y "11:17. Y les enseñaba diciendo: ¿No está escrito que mi casa, casa de oración será llamada por todas las gentes? Mas vosotros la habéis hecho cueva de ladrones" y Mateo: "21:12. Y entró Jesús en el templo de Dios, y echó fuera todos los que vendían y compraban en el templo, y trastornó las mesas de los cambiadores, y las sillas de los que vendían palomas" y "21:13. Y les dice: Escrito está: Mi casa, casa de oración será llamada; mas vosotros cueva de ladrones la habéis hecho". Biblia Reina Valera. Sociedades Bíblicas Unidas, Barcelona, 1990.

Tratándose de profesionales del oficio jurídico estos aspectos requieren potenciarse. Más allá de los casos en que alguno conscientemente decida desviarse de las exigencias éticas de la labor del abogado, lo cierto es que para cumplir con la misión social asignada a esta profesión, es necesario observar parámetros de comportamiento deontológico, en forma indispensable.

2.1. *Pensando en la deontología del abogado en Iberoamérica*

Ello ha sido reconocido en los órdenes jurídicos, los cuales han conducido no sólo, en algunos casos, a establecer una colegiación obligatoria del gremio como modo de garantizar un ejercicio más ético y responsable de la profesión –también tiene aspectos cuestionables al acotar parámetros libertarios de los afiliados y facilitar la aproximación política de determinados actores a este grupo de profesionistas–, sino también como mecanismo de unión de los propios abogados para conservar una conducta recta ante las presiones del medio. Además, ha propiciado la inclusión normativa expresa de lineamientos axiológicos para los participantes de la tarea de impartición de justicia, lo que evidentemente, incluye el presupuesto dirigido a los propios justiciables de mantener criterios de ética jurídica en la demanda de sus derechos y la defensa de sus obligaciones.

Se citan ahora los elementos éticos explícitos, vinculados con la virtud de excelencia (requisitos de capacidad profesional) y los elementos de elegibilidad dirigidos a la competencia profesional (titulación, experiencia y reconocimiento en el desempeño de la profesión, nacionalidad, etcétera) previstos en las legislaciones iberoamericanas[26] que así lo indican, descritos —en modo general— en la siguiente tabla:

[26] Considerando en esta denominación a los países miembros de la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Organización de Estados Americanos.

Requisitos normativos para juzgadores y abogados en Iberoamérica

	PAÍS	Andorra	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	Costa Rica	Cuba	Ecuador	El Salvador	Guatemala	Honduras	México	Nicaragua	Panamá	Paraguay	Perú	Puerto Rico	República Dominicana	Uruguay	Venezuela	España	Portugal
EXPERIENCIA	Tiempo ejercido en categoría especial					X																		
	Tiempo ejerciendo la profesión		X		X		X	X		X	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Ingreso económico		X																					
DE CALIDAD	Sin impedimentos legales					X					X	X	X	X	X								X	
	Sin cargos en contra			X		X	X							X	X									
	Otros requisitos			X		X		X		X	X	X	X										X	
	Reconocimiento	X		X	X	X																	X	
	Competencia	X									X											X	X	
	Edad máxima				X	X									X				X		X			
	Edad mínima			X	X			X			X		X	X	X	X	X	X		X	X			
	Residencia				X			X							X						X			
	Título en derecho	X	X	X	X	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X		X	X	X	X	X	
	Reputación y honorabilidad			X	X					X	X	X		X	X		X					X		
	Ciudadanía y derechos políticos		X		X		X	X		X	X	X	X	X	X	X		X		X	X	X		
	Nacionalidad			X	X		X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		

Nota: Elaboración propia con apoyo de Hazel Mendoza Fuentes.

Abundando en algunas legislaciones iberoamericanas, el artículo 36 de la Constitución Nacional de la República de la Argentina establece la creación, por parte del Congreso, de una ley sobre la ética en la función pública, la cual es extensiva a los juzgadores. El artículo 182 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia exige en los funcionarios del Tribunal Supremo contar con idoneidad ética y honestidad.[27]

En el caso de la República Federativa de Brasil, para ser Ministro del Tribunal Superior de Justicia y Magistrado de la Suprema Corte Federal se exige, en el artículo 104 de la Constitución, gozar de una reputación intachable. Además de ello se solicita, indirectamente, al existir la coligación obligatoria según lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 8906, del 4 de julio de 1994, el deber de cumplir estrictamente con las obligaciones establecidas en el Código de Ética y Disciplina, expedido para tales efectos.

En la República del Ecuador se establece, en los Artículos 183 y 220 de su Constitución, respectivamente, la necesidad de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia y del Tribunal Contencioso Electoral, de contar con una trayectoria profesional de probidad notoria. Llama la atención que en su Carta Magna se establezca, en el artículo 83, como deberes y responsabilidades de los ecuatorianos ejercer su profesión u oficio con sujeción a la ética.

La Constitución de la República de El Salvador indica, en sus Artículos 176, 177, 179 y 180, correspondientemente, como requisito para ser magistrados de la Corte

[27] En el caso de Bolivia, además, existe la obligación de acatar el Código de Ética Profesional para el Ejercicio de la Abogacía, expedido por Decreto Supremo expedido por el Ejecutivo en turno Hugo Banzer Suárez, en el año del 2001. La disposición adicional primera del decreto supremo No. 100, expedido por el Presidente de esta nación Evo Morales Ayma, el 29 de abril de 2009, obliga a todo cuerpo colegiado de abogados a acatar dicho código de ética.

Suprema de Justicia, de las Cámaras de Segunda Instancia, Juez de Primera Instancia y de Paz, gozar de una moralidad notoria.

En los Estados Unidos Mexicanos para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejero de la Judicatura Federal y Magistrado del Tribunal Electoral, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 95 ,97 y 100, según corresponde, se exige gozar de buena reputación en el ejercicio profesional.

Siguiendo esta línea, el artículo 161 de la Constitución de la República de Nicaragua requiere para ser electo magistrado de los Tribunales de Justicia ser abogado de moralidad notoria. Este requisito, de notoria honorabilidad, es exigido también por la Constitución Nacional de la República del Paraguay en su artículo 258.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé expresamente, en el artículo 263, el requerimiento para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de gozar de buena reputación, siendo que el artículo 267 de la Norma Suprema establece la creación del Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana. Además en esta nación se exige la coligación obligatoria del gremio de abogados.

En los casos de Andorra, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Portugal, Guatemala, Honduras, México, España, Perú, Puerto Rico, Uruguay y la República Dominicana los aspectos éticos son inferidos, encontrándose indirectamente vinculados a la no presencia de impedimentos que vulneren la función judicial, así como a la posibilidad para los justiciables de denunciar conductas contrarias a la ética y que éstas sean sancionadas. Además, en algunos casos, se prevén exigencias deontológicas derivadas de los estatutos rectores de los colegios de abogados, particularmente en las naciones en donde ésta es obligatoria (Costa Rica,

Guatemala, Honduras, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, España y Portugal).

Se hace notar que estas consideraciones éticas-legales sobre el ejercicio profesional de los abogados en tareas jurisdiccionales introducen elementos de contenido deontológico para el oficio, idoneidades y reflejo de principios y virtudes axiológicos, los cuales deben tenerse en consideración no sólo cuando se es electo juzgador, cuando se participa en la defensa de una causa o se controvierte un derecho ante los órganos judiciales, sino que deben conservarse durante todo el desempeño de la profesión,[28] así como en la vida privada, extendiéndose la obligación de vigencia de los preceptos éticos a ámbitos extensos.

2.2. *El caso mexicano*

Con más detalle, el contexto normativo de los Estados Unidos Mexicanos, parten de los principios éticos contenidos en la Constitución. Así, tratándose del Poder Judicial de la Federación, su Código de Ética deriva de lo normado en el artículo 100, párrafo séptimo de esta Norma Suprema, siendo ellos los pilares de la ética judicial, a saber: independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia.[29] Así se reconoce en la exposición de motivos de la legislación deontológica indicada:

[28] Incluso un juez o abogado jubilado debe conservar una conducta intachable en honor a la profesión que desempeñó, el propio oficio, la sociedad y el honor propio. Una persona ética debe definirse por la integralidad de su conducta, no en unos aspectos sí y otros no. Sencillamente, en los parámetros de humanidad de nuestro ser —de ahí la dureza de la responsabilidad implicada en ello y su dificultad de congruencia—, se es ético o no.

[29] "La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia". Esta disposición constitucional es reiterada, en su contenido, por el artículo 105 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación la

> Es un derecho de los justiciables que la administración de justicia sea impartida por jueces con autoridad moral que garanticen una justicia accesible, pronta, completa, imparcial y previsible, basada en la letra o la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, en los principios generales del derecho, sin que se privilegie cualquier otro interés.

Adicionalmente el Código Nacional Mexicano de Ética Judicial, rector de todas las entidades impartidoras de justicia del país, agrupadas todas ellas en la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.[30] recalca no sólo la necesidad de acatar las exigencias legales en torno a la justicia, sino —como establece su exposición de motivos— hacer una profunda reflexión sobre el compromiso ético con ella, a lo cual están llamados sus participantes:

> La ética judicial también exige un permanente ejercicio de lo justo y de lo razonable, un respeto único a las prerrogativas y derechos que corresponden a los seres humanos y una independencia inalterable a la hora de decidir. De ahí que tal materia práctica exija al juez en cada uno de los problemas que le toca resolver, un compromiso profundo con la justicia y una búsqueda incesante con la verdad, determinando, desde el derecho vigente, la decisión justa al caso concreto.

También debe de tomarse en cuenta el Código Iberoamericano de Ética Judicial,[31] el cual obliga a los órganos ju-

cual señala: "El ingreso y la promoción de los servidores públicos de carácter jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación se hará mediante el sistema de carrera judicial a que se refiere el presente Título, la cual se regirá por los principios de excelencia, profesionalismo, objetividad, imparcialidad, independencia y antigüedad, en su caso".

[30] Entidad agrupante de jueces, magistrados y ministros como representantes de los diversos órganos encargados de impartir justicia en México, tanto de los pertenecientes al poder judicial en sí como a los de naturaleza administrativa en los diferentes ámbitos de competencia. *Vid:* http://www.amij.org.mx/.

[31] Otros documentos relevantes a nivel iberoamericano son: el Código de Ética del Funcionario Judicial Iberoamericano (1999); el Estatuto del Juez Iberoamericano (2001); la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia

risdiccionales federales integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana, señalándose en este instrumento —en su exposición de motivos— una concepción de ética judicial extensiva:

> En último término, se trata de, a partir de las exigencias que el propio Derecho plantea a la actividad judicial, profundizar en las mismas y añadir otras, de cara a alcanzar lo que podría llamarse el "mejor" juez posible para nuestras sociedades. La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial. De lo cual se sigue que la ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta propios de un "mal" juez, como los de un juez simplemente "mediocre" que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido.

Tómese en cuenta que en los casos de estas dos últimas codificaciones deontológicas se ha previsto la existencia de organismos (la Comisión Nacional de Ética Judicial[32] y la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial)[33] que sirvan para asesorar a los diferentes órganos jurisdiccionales cuando lo soliciten sus integrantes —en el caso mexicano es posible para los particulares también hacerlo—, además de facilitar la discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial a través de publicaciones o de la realización de cursos, seminarios, diplomados u otros encuentros académicos, y fortalecer la conciencia ética judicial de los impartidores de justicia iberoamericanos.

en el Ámbito Judicial Iberoamericano (2002) y la Declaración Copán-San Salvador de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2004).

[32] Artículo 16 del Código Nacional de Ética Judicial y el Reglamento de la Comisión Nacional de Ética Judicial.

[33] Artículos 83 a 95 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Además, a pesar de no existir en él la colegiación obligatoria en los diferentes colegios y barras de abogados, se han adoptado órdenes normativos de naturaleza ética por tales instituciones, lo que refuerza —en alguna medida— el ejercicio recto de la profesión jurídica. Tomando en consideración que la justicia mexicana tiene dos ámbitos de competencia (federal y local) y no existiendo una colegiación regulada existen multitud de colegios de abogados. Se referirán, de manera esquemática —en lo que a la ética se refiere—, los elementos de los dos más extensos, ambos con alcances nacionales: el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados (INCAM)[34] y la Barra Mexicana Colegio de Abogados (BMA),[35] si bien se reitera existen muchas más.[36]

En el caso del Código de Ética del INCAM se define éticamente la misión del abogado, en su precepto 1.1., en los siguientes términos:[37]

En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se li-

[34] http://www.incam.org.mx/

[35] http://www.bma.org.mx/

[36] Es el caso de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, el Colegio de Abogados Católicos de México, la Federación Mexicana de Colegios de Abogados, la Barra Nacional de Abogados, entre otras —varían en representatividad, alcance nacional o local y en objetivos y principios—. Muchas de ellas afiliadas a su vez a barras internacionales como la International Bar Association, la Federación Interamericana de Abogados, la Union Internationale des Avocats, la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, la Asociación Internacional de Jóvenes Abogados, la American Bar Association, entre otras.

[37] Definirá como principios de la deontología jurídica, independencia, confianza e integridad moral y secreto profesional (artículo 2.1 a 2.3). Igualmente regula la relación deontológica con otros colegios (artículo 2.4), el régimen de incompatibilidades (artículo 2.5), la publicidad personal (artículo 2.6), la defensa de los intereses del cliente (artículo 2.7) y el deber de formación continuo (artículo 2.8.)

mita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del Derecho. En un Estado de Derecho, el abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la Justicia y de los justiciables, pues tiene la obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia.

Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, algunas veces con apariencia contradictoria, con respecto:

- A sí mismo.
- Al cliente.
- A los tribunales y otras autoridades ante las cuales el Abogado asiste o representa al cliente.
- A su profesión en general y a cada colega en particular.
- A la sociedad, para la cual una profesión liberal e independiente, regida por el respeto a las reglas que se ha impuesto a sí misma, es un medio esencial de salvaguardar los derechos del hombre frente al Estado y a los otros poderes.

Por su parte el Código de Ética Profesional de la BMA, en su artículo 1, indica la esencia y el deber de la tarea del abogado:[38]

El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con

[38] Otros elementos deontológicos estimados esenciales por este ordenamiento son el deber de defensa del honor profesional (artículo 2), la honradez (artículo 3), abstenerse de abusar del procedimiento que dilaten la administración de justicia (artículo 4), evitar el cohecho (artículo 5), reglas para aceptar o rechazar asuntos (artículo 6), la defensa de indigentes (artículo 7), así como otros elementos relevantes (defensa de acusados, acusaciones penales, secreto profesional, puntualidad, entre otros).

estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente.

2.3. *La responsabilidad ética. Panorama*

La realidad de la ética de los abogados siempre es esperanzadora. El hombre es un ser bueno por naturaleza, por lo tanto, su tendencia se dirige hacia el bien y la justicia. Sin embargo, se reconoce que los efectos de las conductas desviadas realmente existen en la vida diaria de nuestra especie. Por este motivo, la ética debe enfrentar una lucha constante por la vivificación de sus principios. Expresa el Ministro en Retiro Mariano Azuela Güitrón, con razón y crudeza, que una ética no puesta en práctica sirve para muy poco, igualmente aquella conservada en las reflexiones doctrinales, en los congresos y en las publicaciones. Se trata de ponerla en práctica, procurarla y, particularmente, acatar sus responsabilidades, primero como vocación y, después, como invitación a corregir y aceptar las consecuencias de los actos éticamente errados.

En este contexto se subraya la importancia, como paso fundamental, la idea de afianzar la percepción de responsabilidad ética, siendo, como indica David Cerri: "la deontología –y el sistema disciplinario sin la cual la primera es nada– es el campo de una primera dirección del respeto de los derechos fundamentales de la profesión".[39] Se trata de una actividad interna, la cual lleva al abogado a decidir por las conductas correctas en cada caso, ejerciendo la prudencia —estrechamente ligada a la virtud de la justicia— y atendiendo cuidadosamente en sus actuaciones al

[39] Cerri, David, "Diritti umani e carte dei diritti europee. La deontologia nella didattica delle scuole forensi", en: *Conferenza Nazionale delle Scuole Forensi. I Diritti umani fondamentali nella formazione dell'avvocato*, Roma, 26 de febrero de 2010.

deber de respeto al principio de seguridad jurídica. Se trata de la responsabilidad del saber cumplir una tarea máxima, confiada por la colectividad, en la que cualquier desviación causará graves y negativas consecuencias,[40] mismas que afectarán también la obra personal de cada individuo llamado a perfeccionarse en su paso por el mundo.

3. *Cuando los senderos se encuentran*

Como en cualquier aspecto de la vida humana la conducta está definida por los claroscuros entre lo correcto y el embate de las circunstancias de la realidad. En este sentido es muy valiosa la reflexión del Ministro en Retiro Juan Díaz Romero[41] cuando dijo que al venir al mundo, todos nacemos con un ropaje blanco, inmaculado[42] y al mismo tiempo, con el compromiso metafórico de conservarlo así durante todo el trayecto de nuestra existencia, llevando una vida recta con nosotros mismos y con nuestros semejantes. Desgraciadamente los hombres no son naturalmente ángeles, sino sólo seres humanos proclives al error, de modo que, a medida que va caminando por la vida su nívea vestimenta se va manchando, y desgarrando, a tal punto que cuando se llega a cierta edad, algunos hombres pueden andar con vestidos vergonzantes, y si bien es cierto que, hay grados en esta miseria humana, habrá grupos de personas que, ya sea por su condición natural, por la profesión desempeñada o por la actividad deparada por el destino, están en sitios privilegiados para mejor apreciar lo bueno y lo malo de las acciones humanas, teniendo así más oportunidades para orientar su propia conducta y las de los demás. De esta fortuna gozan las mujeres —al tener el don de ser madres—, los filósofos, los sacerdotes, los maestros y, los abogados (jueces, académicos y litigantes), quienes no deben desaprovechar la gracia de la oportunidad honorífica para tratar de ser cada día mejores personas y profesionales.

[40] Verbigracia, un abogado que engaña a su cliente hará a éste desconfiado del gremio completo; un justiciable que insta a sus abogados y a los juzgadores a resolver a su favor a cambio de dinero, servicios o cualquier contraprestación provocará corrupción, un juez que resuelva atendiendo a posiciones subjetivas causará un daño a la justicia del caso concreto y provocará la desconfianza generalizada en el sistema judicial.

[41] Discurso de aceptación del III Premio Iberoamericano de Ética Judicial en la XVII Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana. 27 de abril de 2012.

[42] Siguiendo la tesis de que el hombre es bueno por naturaleza.

En el sentido de esta oportunidad/responsabilidad Díaz Romero expresa como cuando el astronauta Neil Armstrong bajó del Apolo y dio el primer paso en la superficie de la Luna, exclamando: "Este es un pequeño paso para el hombre, pero un gran salto para la humanidad", cualquier persona inmersa en la práctica de las normas morales de una comunidad, está llamado a hacer un alto en la rutina cotidiana y dar un pequeño paso para reflexionar sobre si lo que viene haciendo por costumbre es realmente correcto; sobre qué puede considerarse bueno o malo; sobre cuál es la finalidad a perseguir en su vida y acerca del sentido de lo justo. Cuando al hombre empiece a formularse esas preguntas, someterá a revisión crítica sus hábitos y convicciones vitales, con lo cual, ese pequeño paso se convertirá en un gran salto transportante a la dimensión de la filosofía práctica que es la ética, en donde se dirige la corrección de los actos humanos en orden a su trascendencia, como ser dotado de universal dignidad.

¿Servirá de algo la ética? Sí. La ética es de fundamental utilidad, no sólo por la dirección y rectificación que hace de los actos humanos, por los contenidos trascendentes por ella insertos en las normas sociales, y por la vocación

fundamental del hombre a superarse en orden a su perfeccionamiento, los cuales conducen a una idea viva del bien. No obstante, a pesar de que el planteamiento de la ética aplicada, en el actuar cotidiano, es entendible y convincente, la tarea impuesta por esta misión está saturada de dificultades a vencer, tales como, entre otras, la injusticia, la desigualdad, la pobreza, el materialismo, la superficialidad, el egoísmo, la soberbia, el mal provocado por el error, la judicialización, los intereses, y —particularmente— la congruencia de los propios actos. Sin embargo, al margen de todas ellas la ética aplicada nunca pierde su vigencia y se muestra latente a ser desvelada para iluminar la acción del hombre.

Grosso modo, si se quisiera ordenar la aplicación de la ética atendiendo al número de personas sobre las cuales actúa, se distinguiría inicialmente la ética enfocada a la persona en singular; la ética aplicada en corporaciones, profesiones o grupos que desempeñan las mismas actividades; y la ética universal aplicada en beneficio de toda la humanidad, lo cual también incluye a la naturaleza y su desarrollo sustentable.[43] Téngase en cuenta que no se trata de separar las diferentes aplicaciones de la ética o de diversos modos de practicarla, sino de encontrar su comunión en la hermenéutica analógica,[44] sintetizante de la analogía, vinculante de lo descriptivo —unívoco—, con lo valorativo —equívoco— brindándoles un equilibrio proporcional. Esta propuesta funge como "mediadora" entre el derecho y la ética, considerando que los textos jurídicos están vinculados a contextos y éstos son amplios: políticos, sociales, éticos, antropológicos y ontológicos.[45]

[43] Véase la propuesta de una ética mundial –como colofón de los principios de la ética de las religiones– de Hans Küng (*Reivindicación de una Ética Mundial*, Trotta, Madrid, 2002) o la ética ambiental de Leonardo Boff (*Ethos Mundial. Um consenso mínimo entre os humanos.* Rio de Janeiro: Sextante, 2003).

[44] Propuesta filosófica planteada por Mauricio Beuchot. Sobre sus fundamentos, entre otros textos, se sugiere consultar su obra *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho* (UASLP, San Luis Potosí, 2007).

Ahora bien —siguiendo a Díaz Romero—,[46] en lo referido a la primera forma, esto es, a la influencia de la ética sobre los seres humanos en lo particular —detallada por los filósofos en tres milenios de reflexión documentada—, se advierte que existe una probabilidad mayor operar el influjo de manera profunda e integral, en razón del diálogo entablado entre maestro y discípulo, siendo que no se requiere pulsar la opinión de otros receptores para hacer concesiones o reservas a fin de establecer un discurso aceptado de consuno; por lo contrario, al estar sólo frente al filósofo, puede aceptar libremente todo lo estimado convincente y razonable, comprometiéndose internamente, asimismo, a tomar el camino práctico congruente con las reflexiones acogidas. Tendrá, por tanto, una guía ética en su vida, lo cual le permitirá reflexionar sobre las costumbres morales de su entorno cultural y actuar de manera consciente.[47]

Distintas características se evidencian cuando la ética produce efectos, ya no sobre una persona en singular, sino sobre un grupo de hombres identificados por las mismas o parecidas actividades, tareas todas ellas susceptibles de

[45] Beuchot, Mauricio, "Hermenéutica, analogía, derecho y ética", en: *Criterio y Conducta*, IIJPDEJ-SCJN, Número 4, Julio-Diciembre, 2008, México, pp. 148 y 149. En esta misma obra señala: "La hermenéutica analógica se abre a la aceptación del iusnaturalismo, pues no se reduce al positivismo (univocismo) ni al pragmatismo (equivocionismo), sino que trata de rescatar algo firme, aunque sea mínimamente: la naturaleza humana, ya sin las pretensiones absolutistas de la modernidad racionalista, sino en continua investigación de dicha naturaleza, para conocerla y comprenderla cada vez mejor". (p. 149).

[46] *Op. Cit.*

[47] Gadamer, Hans-Georg, *Los caminos de Heidegger,* Herder, Barcelona, 2002, p. 220. Esta reflexión también se puede presentar en el proceso enseñanza-aprendizaje dada entre padres e hijos, maestros y alumnos, jefes y subordinados, líderes políticos y seguidores, etcétera.

englobarse en la idea de profesión. En ella se van estableciendo axiológicamente una serie de prácticas calificadas por la comunidad que las experimenta como buenas, de acuerdo con el logro de los verdaderos bienes o valores esperados, de manera que se reprueban y causan desconfianza los ejercicios deshonestos –en algunos casos alcanzando la prohibición legal, dando, en ocasiones, pauta a diferentes tipos de sanciones–, mientras que se aprueban aquellas acciones reflejantes de lo correcto, permitiendo además realizar un juicio de conducta.

En cada profesión se integra un entramado propio y distintivo de bases, principios y prácticas valiosas por la justicia y el bien contenida en ellas. Así, en la abogacía, se espera no sólo un dominio técnico excelente de la ciencia jurídica, sino el ejercicio de los principios de independencia, imparcialidad, justicia, objetividad, excelencia y sus virtudes: lealtad al cliente y al derecho, humanismo, transparencia, profesionalismo, honestidad, valor, conocimiento, capacitación, motivación, sentido de eficacia y eficiencia, razonabilidad, y sensibilidad de juicio, entre otros. Debe apuntarse que culturalmente el hombre irá configurando los puntos estimados más valiosos, por bondadosos, distinguiendo así su paso por el mundo material y a su quehacer profesional en él, el cual puede calificarse de lo debido, porque da satisfacción a la realización del hombre en el contexto de su dignidad.[48]

[48] Se trata de un camino de perfeccionamiento constante. Así, *verbigracia*, hace 2000 años ninguno pensaría condenar la esclavitud —y quien lo hiciere sería señalado como reaccionario siendo que ni siquiera existía el concepto "derechos humanos"—, hace 500 años hablar de la igualdad de derechos de las diferentes razas del *homo sapiens*, hace 200 años defender los derechos políticos de las mujeres, hace 20 años de los derechos de los homosexuales, y así por el género de nuevos casos. La propia concepción de dignidad humana está en constante fortalecimiento, lo cual muestra la grandeza de la especie, pero a la vez la responsabilidad de estar siempre en guardia para defender su esencia.

Esa estructura o entramado ético de buenos principios que la práctica inveterada ha descubierto en cada profesión, se ve reforzada por el ejercicio mismo de las generaciones con mayor experiencia, sirviendo así de guía y ejemplo; y en segundo lugar por la adquisición del hábito de las virtudes.[49] Ello abarca, en un entramado de redes vinculadas en la sociedad, tanto a los abogados experimentados, a los profesores universitarios, los jueces, los políticos y la sociedad en general —todos ellos inmersos en la vigencia de la cultura de la legalidad y la justicia— como a los profesionistas jóvenes, quienes desde su práctica e incluso en las aulas universitarias y en su ejercicio cívico, tienen un llamado indispensable a la vivificación de la deontología jurídica.

Como disciplina práctica la ética influirá sobre la persona en singular y sobre los grupos profesionales con toda la amplitud que la vocación humana al bien trascendente puede manifestar. Así resultará perfectamente viable el imperativo categórico kantiano de obrar de tal modo que la conducta individual se convierta en una regla de observancia universal. El actuar del hombre bueno será la regla y no la excepción. Ante el rumbo claro será fácil distinguir su sendero y resultará más difícil evitar la ruta correcta. No obstante a esta realidad no se llega "en piloto automático". Se necesita de la vocación constante en el actuar cotidiano, siendo el buen abogado no únicamente quien resuelve o conduce causas con justicia, sino aquel ejemplo en su conducta diaria de vocación humana, perfectible, pero de reiterada búsqueda del bien y la justicia por sí mismo. Al respecto ha dicho con razón Juan Díaz Romero,[50] profesando su esperanza en la vigencia permanente de la

[49] Prudencia, honradez, independencia, fidelidad, tolerancia, generosidad, temperancia, fortaleza.

[50] *Op. cit.*

ética, al margen de quimeras, y considerando algún día los principios y virtudes axiológicos serán universales, en todos los niveles de la vida —enfatizando los jurídicos—, es preferible colocarse en el intento permanente de alcanzar esos valores, porque no podemos hacer otra cosa que valga más la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Tecnos, Madrid, 2009.

ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2004.

BETANZOS TORRES, Eber Omar, *Introducción a la Ética*, Porrúa, México, 2011.

_____, *La justicia de los jueces*, Pro-Manuscrito, ELD, México, 2012, s/p.

BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, UASLP, San Luis Potosí, 2007.

_____, "Hermenéutica, analogía, derecho y ética", en: Criterio y Conducta, IIJPDEJ-SCJN, Número 4, Julio-Diciembre, 2008, México, pp. 145 a 161.

Biblia Reina Valera. Sociedades Bíblicas Unidas, Barcelona, 1990.

BOFF, Leonardo, *Ethos Mundial. Um consenso mínimo entre os humanos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

CERRI, David, "Diritti umani e carte dei diritti europee. La deontologia nella didattica delle scuole forensi", en: *Conferenza Nazionale delle Scuole Forensi. I Diritti umani fondamentali nella formazione dell'avvocato*, Roma, 26 de febrero de 2010.

Código de Ética del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.

Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana de Abogados.

Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Código Nacional Mexicano de Ética Judicial.

Constituciones de Iberoamérica (Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, España, Portugal).

DÍAZ ROMERO, Juan, *Discurso de aceptación del III Premio Iberoamericano de Ética Judicial en la XVII Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana*, Buenos Aires, 2012.

GADAMER, Hans-Georg, *Los caminos de Heidegger*, Herder, Barcelona, 2002.

HART, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1997.

Heidegger, Martin, *Caminos de Bosque*, Alianza, Madrid, 1996.

JUSTINIANO, *El digesto del emperador Justiniano*, TSJDF, México, 2007.

KANT, Inmanuel, *Crítica de la razón práctica*, FCE-UAM-UNAM, México, 2005

_____, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.

KIERKERGAD, Søren, *Enten-Eller (Aut-Aut)*, Adelphi, Milano; 1989.

KÜNG, Hans, *Reivindicación de una Ética Mundial*, Trotta, Madrid, 2002.

MALEM SEÑA, Jorge: "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?". En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, número 24, Universidad de Alicante, 2001, pp. 379 a 403.

MCINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1984.

PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Diccionario Latín-Español, Español-Latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico*, Porrúa, México, 2006.

SANTO TOMÁS, *Suma de teología*, BAC, Barcelona, 2005.

SARTRE JEAN-PAUL, *El existencialismo es un humanismo*, Barcelona, Orbis, 1984.

Anexo
Principales normas de ética jurídica en México

La vivencia de principios y virtudes éticas en el contexto normativo mexicano está desarrollado, como se ha notado, a partir del impulso —reciente pero importante— que ha recibido por parte de las instituciones impartidoras de justicia, así como por los códigos deontológicos de las agrupaciones de abogados. Se presenta por ello, a continuación, un cuadro resumen de las nociones axiológicas (principios y virtudes)[51] básicas de los documentos deontológicos citados en torno a los principios y virtudes que componen la ética de los abogados en México:

[51] Se excluyen elementos que, sin restar valor ético, son complementarios a ellos, tales como –especialmente en el caso de los códigos de colegios de abogados– los deberes de evitar el cohecho, la aceptación de otros códigos deontológicos, el abuso de procedimiento, la defensa de indigentes, la publicidad de litigios, etcétera.

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Independencia	Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél. (Artículo 1).	Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales. (Artículo 1). El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo (Artículo 2).	La independencia judicial es la actitud que debe asumir el juzgador para ejercer la función jurisdiccional sólo desde la perspectiva del derecho, evitando y rechazando cualquier presión o influencia extraña a éste proveniente de autoridades, organismos autónomos, factores externos e internos y poderes de hecho. El juez debe: *a*) determinar desde el derecho vigente la decisión justa, evitando aun la apariencia de ser presionado por factores ajenos al derecho; *b*) dejar en claro, con su comportamiento, que no recibe ningún tipo de influencia —directa o indirecta— y que rechaza cualquier recomendación que pudiera influir en la tramitación o resolución de los asuntos que se someten a su potestad, incluyendo las influencias provenientes del propio poder judicial al que sirve; *c*) reclamar que se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia, y denunciar el hecho de su incumplimiento; *d*) preservar el recto ejercicio de su función denunciando cualquier acto que tienda a vulnerar su independencia; *e*) abstenerse de insinuar o sugerir, fuera de su competencia legal, el sentido en que los demás juzgadores deben dictar sus resoluciones; *f*) abstenerse de tomar decisiones por temor a la crítica, por obtener popularidad o por motivaciones ajenas a la función judicial; *g*) abstenerse de participar en la política activa, en propaganda o difusión partidaria, salvo la emisión de su voto (Artículo 3).	La multiplicidad de actividades del abogado le imponen una independencia absoluta exenta de cualquier presión, principalmente de aquella que resulte de sus propios intereses o influencias exteriores. Esta independencia es necesaria para mantener la confianza en la Justicia, y en la imparcialidad del Juez. El abogado debe, por lo tanto, evitar cualquier atentado contra su independencia y estar atento a no descuidar la ética profesional con objeto de dar satisfacción a su cliente, al Juez o a terceros. Esta independencia es tan necesaria para la actividad jurídica, como para los asuntos judiciales, por lo tanto, el consejo dado por el abogado a su cliente carecerá de validez, si ha sido dado para complacer, o por interés personal, o bajo efecto de una presión exterior (Artículo 2.1).	
Imparcialidad	Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables (Artículo 2).	La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional (Art. 9). El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio (Artículo 10).	La imparcialidad judicial exige que el juez dicte sus resoluciones con desinterés en las posiciones de las partes, ubicándose en el centro equilibrado y equidistante de ellas, con el sólo interés subjetivo y objetivo de dirimir en derecho la controversia, evitando cualquier designo anticipado a favor o en contra de los contendientes. El juzgador debe: *a*) mantener a lo largo de todo el proceso una equitativa distancia con las partes y con sus abogados, evitando favoritismo, predisposición o prejuicio respecto de ellas; *b*) abstenerse de intervenir en aquellas causas donde se vea comprometida su imparcialidad, o en las que desde la mirada de un observador razonable pueda entenderse que hay motivos para pensar así; *c*) evitar todo trato o apariencia de trato preferencial o especial a alguna de las partes, de sus abogados o de todas aquellas personas que directa o indirectamente se encuentren relacionadas con ellas; dicha prohibición alcanza a sus colaboradores y demás integrantes del órgano judicial; *d*) ordenar la prohibición de recibir regalos o beneficios de cualquier índole provenientes de las partes o de terceros con motivo de sus funciones; dicha prohibición alcanza a sus colaboradores y demás integrantes del órgano judicial; *e*) rechazar las invitaciones de las partes o de sus abogados, absteniéndose también de hacer invitaciones a ellos.; tal rechazo obliga también a sus colaboradores y demás integrantes del órgano judicial; *f*) evitar entrevistas a solas con una de las partes o sus abogados a no ser en la oficina del juzgado, pero en este caso con las puertas abiertas y dando la misma oportunidad a la contraparte (Artículo 4).		
Objetividad	Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho le suministra, y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir (Artículo 3).		La objetividad judicial es la actitud que debe asumir el juzgador para buscar la verdad sólo desde la perspectiva de la razón y el derecho, desembarazándose de prejuicios, fanatismos y partidismos, de sus gustos o aversiones o de una voluntad irrazonable. El juzgador debe: *a*) tomar sus decisiones —sean individuales o colegiadas— buscando siempre la realización del derecho, aunque el sentido de la resolución no sea de su agrado personal.; *b*) actuar con serenidad de ánimo y equilibrio interno, a fin de que sus decisiones estén desprovistas de aprensiones y prejuicios, no buscando nunca ningún tipo de reconocimiento.		

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Profesionalismo	Es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación (Artículo 4).		El profesionalismo es aquella disposición de ánimo mediante la cual el juez persevera de manera seria y responsable en seguir capacitándose en la ciencia y técnica del derecho para desempeñar de manera excelente la función jurisdiccional, desarrollando las tareas encomendadas con ánimo de servicio y plena convicción. El juzgador debe: *a*) actualizar permanentemente sus conocimientos jurídicos, estudiando a profundidad los textos legales, la jurisprudencia y los avances más significativos de la doctrina jurídica. Esta obligación se extiende tanto a la materia específica a la que se dedica, como al resto de las disciplinas que tenga relación con ella; *b*) conducirse con respeto hacia sus pares, escuchando con atención y apertura de entendimiento sus planteamientos, así como razonar con paciencia y tolerancia; *c*) facilitar y promover, en la medida de lo posible, la capacitación del personal subordinado del juzgado o tribunal; *d*) mantener siempre una actitud de colaboración en todas las actividades conducentes a la formación y capacitación judicial. —Estudiar con constancia y aplicación los asuntos en los que le toca intervenir, despachándolos en forma expedita; *e*) llevar a cabo por sí mismo las funciones inherentes e indelegables de su cargo, y deberá responder igualmente de las consecuencias de sus acciones y omisiones.; *f*) asistir puntualmente a su juzgado o tribunal y administrar éste con diligencia, esmero y eficacia; *g*) cumplir con sus obligaciones de manera ejemplar para que los servidores públicos a su cargo lo hagan de la misma manera en lo que les corresponda; *h*) atender con diligencia todas las etapas procesales, cuidando que se desahoguen puntualmente; *i*) estar dispuesto a promover y colaborar en todo lo que signifique un mejor funcionamiento de la administración de justicia; *j*) tener presente que en situaciones adversas ha de resistir las influencias nocivas, soportar las molestias y actuar con valentía para vencer las dificultades y cumplir su función judicial (Artículo 7).		
Excelencia	El juzgador se perfecciona cada día en el desarrollo de las virtudes judiciales —humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad— (Artículo 5).		La excelencia judicial es el máximo grado de perfección al que debe aspirar todo impartidor de justicia, aspiración que implica el afán constante de cultivar en la práctica todos los principios y virtudes que la sociedad espera encontrar en las personas que dicen lo justo. El juzgador debe: a) estar consciente de que las leyes se hicieron para servir al ser humano de modo tal que las personas constituyen el motivo principal de sus afanes; b) tener presentes las condiciones de inequidad que han afectado a una gran parte de la sociedad a lo largo de nuestra historia, y advertir que la confianza y el respeto sociales que merezcan serán el resultado de un trabajo dedicado, responsable y honesto; c) perfeccionarse cada día en los principios y virtudes judiciales (Artículo 14).		
Humanismo	En cada momento de su quehacer está consciente de que las leyes se hicieron para servir al hombre, de modo tal que la persona constituye el motivo primordial de sus afanes. (Artículo 5.1.)				
Justicia y equidad	En cada uno de los asuntos sometidos a su potestad, se esfuerza por dar a cada quien lo que le es debido (Artículo 5.2).	El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho (art. 35). La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes (Art. 36). El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes (Artículo 37).	El objetivo esencial de la labor judicial es la realización de la justicia por medio del derecho; por ella, el juez se esforzará por dar a cada parte lo que le es debido. La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, en concreto, con criterio prudencial, las consecuencias desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes. El juzgador debe: *a*) resolver en justicia tomando como base las normas constitucionales y legales; *b*) tomar en cuenta las peculiaridades del caso y resolver con criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes; *c*) tomar en consideración que cuando las normas jurídicas concedan discrecionalidad al juez, éste debe orientarse por principios de justicia, equidad y proporcionalidad, fundando y motivando su decisión;) sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas, sino también por las razones y principios en que ellas se sustentan (Artículo 12).		

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Prudencia	En su trabajo jurisdiccional y en las relaciones con sus colaboradores, recoge la información a su alcance con criterios rectos y objetivos; consulta detenidamente las normas del caso, pondera las consecuencias favorables y desfavorables que puedan producirse por su decisión, y luego toma ésta y actúa conforme a lo decidido (Artículo 5.3).				
Responsabilidad	Asume plenamente las consecuencias de sus actos, resultado de las decisiones que tome, procurando que sus subordinados hagan lo mismo (Artículo 5.4).	El buen funcionamiento del conjunto de las instituciones judiciales es condición necesaria para que cada juez pueda desempeñar adecuadamente su función (artículo 41). El juez institucionalmente responsable es el que, además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asume un compromiso activo en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial (Artículo 42).			
Fortaleza	En situaciones adversas, resiste las influencias nocivas, soporta las molestias y se entrega con valentía para vencer las dificultades y cumplir con su función jurisdiccional (Artículo 5.5).				
Patriotismo	Tributa al Estado Mexicano el honor y servicio debidos, defendiendo el conjunto de valores que, como juzgador federal del Estado Mexicano, representa (Artículo 5.6).				
Compromiso Social	Tiene presentes las condiciones de iniquidad que han afectado a una gran parte de la sociedad a lo largo de nuestra historia, y advierte que la confianza y el respeto sociales que merezca serán el resultado de un trabajo dedicado, responsable y honesto (Artículo 5.7).				
Lealtad	Acepta los vínculos implícitos en su adhesión a la Institución a la que pertenece, de tal modo que refuerza y protege, en su trabajo cotidiano, el conjunto de valores que aquélla representa (Artículo 5.8).				
Orden	Mantiene la adecuada organización y planificación en el trabajo a su cargo (Artículo 5.9).				
Respeto	Se abstiene de lesionar los derechos y dignidad de los demás (Artículo 5.10).				

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Decoro	Cuida que su comportamiento habitual tanto en su vida pública como privada, esté en concordancia con el cargo y función que desempeña (Artículo 5.9).				
Laboriosidad	Laboriosidad: Cumple diligentemente sus obligaciones de juzgador (Artículo 5.10).				
Decoro	Cuida que su comportamiento habitual tanto en su vida pública como privada, esté en concordancia con el cargo y función que desempeña (Artículo 5.11).				
Laboriosidad	Cumple diligentemente sus obligaciones de juzgador (Artículo 5.12).				
Perseverancia	Una vez tomada una decisión, lleva a cabo los actos necesarios para su cumplimiento, aunque surjan dificultades externas o internas (Artículo 5.13).				
Humildad	Es sabedor de sus insuficiencias, para poder superarlas, y también reconoce sus cualidades y capacidades que aprovecha para emitir de la mejor manera posible sus resoluciones, sin pretender llamar la atención ni esperar reconocimientos (Artículo 5.14).				
Sencillez	Evita actitudes que denoten alarde de poder (Artículo 5.15).				
Sobriedad	Guarda el justo medio entre los extremos y evita actos de ostentación que vayan en demérito de la respetabilidad de su cargo (Artículo 5.16).				
Honestidad	Observa un comportamiento probo, recto y honrado (Artículo 5.17).	La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma (Artículo 79). El juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por Derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función (Artículo 80).	El juzgador honesto o probo es el que se apega a los principios éticos y a las buenas costumbres, especialmente en lo que se refiere al respeto a las propiedades ajenas. El juzgador debe: *a*) cuidar que su comportamiento habitual, tanto en su vida pública como privada, sea acorde con la honorabilidad del cargo que se le ha encomendado, a fin de dar confianza a la sociedad; *b*) ser consciente de que tiene prohibido recibir beneficios de cualquier tipo al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función; *c*) tener presente que tanto él, como sus familiares y colaboradores deben comportarse de manera que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta de los bienes públicos, o del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial; *f*) abstenerse de nombrar como empleados a su cónyuge, a sus familiares, compadres, allegados u otras personas por razones no institucionales, o bien, nombrar a los familiares de otro juez para corresponder a la designación que éste hizo de los suyos; *g*) presentar su declaración patrimonial en los términos señalados por las normas (Artículo 13).		El abogado debe obrar con probidad y buena fe. No ha de aconsejar actos dolosos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas, mutiladas o maliciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia (Artículo 3).

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Motivación		La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales (Artículo 18). Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión (Artículo 19).	El principio de motivación exige que el juez inspire seguridad a las partes y confianza a la sociedad, a través de resoluciones que se justifiquen por sí mismas con base en razones jurídicamente válidas y con apego a la verdad, deducida de los hechos probados. El juzgador debe: *a*) expresar en forma ordenada y clara las razones jurídicas que sustenten sus resoluciones, argumentando de manera lógica y convincente; *b*) examinar cada una de las pruebas con rigor analítico especificando convincentemente lo que, en su caso, demuestran, para luego hacer una apreciación lógica y humana de todos los elementos en conjunto con la finalidad de descubrir la verdad y ponerla de manifiesto mediante argumentaciones; *c*) fundar debidamente sus resoluciones, lo que implica no sólo citar los artículos, tesis o principios, sino argumentar convincentemente por qué son aplicables al caso; *d*) estar consciente de que el principio de motivación tiene por objeto asegurar su legitimidad ante la sociedad, el buen funcionamiento del sistema judicial, el adecuado control del poder del que es titular y, en último término, la justicia de sus resoluciones (Artículo 6).		
Conocimiento y capacitación		La exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia (artículo 28). El juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente (Artículo 29).		Los abogados, miembros del Colegio, tienen la obligación de mantener actualizados sus conocimientos, para lo cual deberán asistir a los medios de formación y actualización que le proporcione el Colegio, para lo cual se les extenderá la constancia respectiva y se les incluirá en el listado de especialidades. El abogado, cuando así se lo requiera el Colegio, deberá participar en los cursos de formación que el Colegio proporcione a estudiantes. El abogado, cuando así se lo requiera el Colegio, deberá dar el asesoramiento gratuito a los estudiantes, cuando estos realicen la práctica de servicio social (Artículo 2.8)	
Cortesía		Los deberes de cortesía tienen su fundamento en la moral y su cumplimiento contribuye a un mejor funcionamiento de la administración de justicia (Artículo 48). La cortesía es la forma de exteriorizar el respeto y consideración que los jueces deben a sus colegas, a los otros miembros de la oficina judicial, a los abogados, a los testigos, a los justiciables y, en general, a todos cuantos se relacionan con la administración de justicia (Artículo 49).		La cortesía es la puerta de entrada a la ética y al buen trato social; consiste en el respeto y consideración que el juzgador ha de dispensar a los justiciables (cualquiera que sea la condición de éstos), a los testigos, a los abogados, a sus subalternos, a sus colegas, y en general a todas aquellas personas que directa o indirectamente se relacionen con la administración de justicia. El juzgador debe: *a*) escuchar y atender con respeto las intervenciones comedidas de las partes, de los abogados y de todos los que requieran ser oídos; *b*) abstenerse de emitir opiniones irrespetuosas acerca del trabajo de otros jueces, de sus personas o del resto de los empleados; *c*) relacionarse con todos de manera cortés y equilibrada, sin incurrir en exabruptos, altanerías, favoritismos o conductas arbitrarias; *d*) mostrar una actitud tolerante y respetuosa hacia las críticas dirigidas a sus decisiones y comportamientos (Artículo 8).	
Integridad		La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura (artículo 53). El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función (Artículo 54).		Las relaciones de confianza no se pueden dar, si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del abogado. Para éste último, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales (Artículo 2.2).	

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Transparencia		La transparencia de las actuaciones del juez es una garantía de la justicia de sus decisiones (Artículo 56).	La transparencia obliga a toda autoridad a regirse, como regla general, por la disposición de la máxima publicidad, con las excepciones y moderaciones que las normas jurídicas, interpretadas prudentemente, establezcan. El juzgador debe: *a*) ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada sobre su actividad institucional; *b*) abstenerse de difundir o utilizar para fines ajenos al servicio, información confidencial de la que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones y que no esté destinada a su difusión; *c*) el juez deberá comportarse, en relación con lo medios de comunicación social, de manera recta y prudente, cuidando de que no resulten perjudicados los derechos legítimos de las partes y de las personas involucradas en las causas; *d*) evitar el adelanto de criterios sobre las cuestiones que debe resolver, para no afectar a los derechos de las partes; *e*) rendir los informes que se soliciten con apego a los hechos y expresando la verdad de lo acontecido, lo que debe operar tanto con sus superiores, con sus pares, con sus subordinados y en general con los gobernados (Artículo 10)		
Secreto profesional		El secreto profesional tiene como fundamento salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones (Artículo 61). Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta (Artículo 62).	El secreto profesional tiene como objetivo central proteger los derechos de las partes y de sus allegados, así como de todas aquellas personas involucradas en el proceso frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones. El juzgador debe: *a*) guardar reserva sobre los asuntos que estudia y las deliberaciones correspondientes, en los términos que aconseja la interpretación prudente de las normas jurídicas de transparencia.; *b*) procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de su juzgado o tribunal cumplan con el secreto profesional en torno a la información vinculada con las causas bajo su jurisdicción; *c*) guardar la reserva y secreto profesional no sólo a los medios de información, sino también al ámbito privado (Artículo 9).	Forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del abogado, por lo tanto, con independencia de criterio, el abogado podrá negarse ante cualquier persona o autoridad a contestar cualquier cuestión que lo lleve a violar el secreto profesional. El abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente, ya sea que se refiera al propio cliente, o bien a terceros en el marco de los asuntos de su cliente. Esta obligación de guardar secreto no está limitada en el tiempo. El abogado hará respetar el secreto profesional a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional. El abogado estará dispensado de esta obligación de guardar el secreto, en los siguientes casos: Cuando se vea obligado a demandar al cliente para obtener el pago de honorarios. Cuando es víctima de ataques injustificados por parte del cliente. Cuando el cliente informe al abogado de la intención de cometer un delito. En este caso el abogado deberá efectuar las revelaciones necesarias para prevenir el acto y proteger a las presuntas víctimas (Artículo 2.3).	Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aún después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello (Artículo 10).
Prudencia		La prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional (art. 68). El juez prudente es el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del Derecho aplicable (Artículo 69).	Prudencia es la virtud por medio de la cual el juez delibera lo que es justo e injusto y emite una sentencia justificada racionalmente en la que son valorados todos los elementos y argumentos del proceso. El juzgador debe: • Allegarse toda la información a su alcance con criterio recto y objetivo, consultar y estudiar con sensatez todas las posibilidades que el derecho le ofrece, pondera las consecuencias favorables y desfavorables de su resolución y procura una decisión justa. • Mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos. • Tener presente que la prudencia está orientada al autocontrol de su poder público, exigiéndole un mayor esfuerzo de prevención y ecuanimidad (Artículo 11).		
Diligencia		La exigencia de diligencia está encaminada a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía (artículo 73). El juez debe procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable (Artículo 74).			

Principios y virtudes	Código de Ética del Poder Judicial de la Federación	Código Iberoamericano de Ética Judicial	Código Nacional de Ética Judicial	Código de Ética del INCAM	Código de Ética Profesional de la BMA
Publicidad personal				El abogado no podrá hacer, ni directa, ni indirectamente, ningún tipo de publicidad personal, que implique una comercialización de la profesión o una competencia desleal. El abogado no debe usar de la prensa para discutir los asuntos que se le encomienden, ni publicar en ella piezas de autos, salvo para rectificar cuando la justicia o la moral lo exijan. Aunque no es recomendable como práctica general mientras no esté concluido el proceso, podrá publicar folletos en que se exponga el caso, con apego a las constancias de autos, guardando siempre el respeto debido a los tribunales y funcionarios, a la parte contraria y a sus abogados, y usando el lenguaje mesurado y decoroso que exige la dignidad de la profesión. Si la publicación puede perjudicar a una persona, como cuando se tratan cuestiones penales o de estado civil que afecten la honra, los nombres se omitirán cuidadosamente. Falta a la dignidad profesional el abogado que habitualmente dé consultas o emita opiniones por conducto de periódicos, radio o cualquier otro medio de publicidad, sobre negocios jurídicos concretos que se le planteen, sean o no gratuitos sus servicios (Art. 2.6).	
Intereses del cliente				Cumpliendo con las disposiciones legales y deontológicas, el abogado tiene la obligación de defender lo mejor posible los intereses de su cliente, incluso en contraposición a los suyos propios, a los de un colega o a aquellos de la profesión en general. El abogado podrá defender a su cliente, aún a sabiendas de que es culpable, y procurar obtener una sentencia de inocencia, siempre y cuando no recurra a ningún medio ilícito (Artículo 2.7).	
Honorabilidad y dignidad profesional					El abogado debe mantener el honor y la dignidad profesionales; no sólo es un derecho, sino un deber, combatir por todos los medios lícitos la conducta reprochable de jueces, funcionarios públicos y compañeros de profesión, y hacerla conocer, sin temor, a las autoridades competentes o a los Colegios de Abogados, apartándose de una actitud pasiva (Artículo 2).
Puntualidad					Es deber del abogado ser puntual en todos sus actos profesionales (Artículo 17).

LA DEONTOLOGIA FORENSE IN ITALIA

DAVID CERRI*

RESUMEN: Afrontar el tema de la deontología hoy significa antes de todo, elegir entre atenerse únicamente a una exégesis de los textos legislativos o intentar individualizar los valores que la definen. En este texto se elige indiscutiblemente la segunda solución, aunque también se refiere a la evolución del derecho positivo de origen público o como derivación de la auto reglamentación de los profesionales, y se amplía la perspectiva hacia una consideración de la justicia como "bien común". Se ofrece una definición del papel del abogado contemporáneo, sobre todo en el ordenamiento italiano, como el de un operador social, con funciones y responsabilidades éticas que superan el solo interés personal y económico. Con respecto a esta definición se examina el asunto de la publicidad de los abogados —en Italia este asunto ha tenido importantes novedades—: su reglamentación deontológica representa un aspecto en el que las diferencias "ideológicas" sobre el tema de la interpretación de la profesión legal se descubren abiertamente.
PALABRAS CLAVE: abogado – deontología – ética – publicidad.

ABSTRACT: Affrontare il tema della deontologia oggi significa prima di tutto scegliere se attenersi unicamente ad una esegesi dei testi normativi o cercare piuttosto di individuare i valori che la fondano. In questo testo si sceglie senz'altro la seconda soluzione, anche se viene fatto riferimento all'evoluzione del diritto positivo, sia di origine pubblica che quale frutto della autoregolamentazione delle categorie professionali, e si amplia la prospettiva a quella della considerazione della gius-

* Avvocato, Professore a contratto nell'Università di Pisa.

tizia come "bene comune". Viene quindi offerta una definizione della figura dell'avvocato contemporaneo, in special modo nell'ordinamento italiano, come quella di un operatore sociale, con funzioni e responsabilità che trascendono il suo mero interesse personale ed economico. In relazione a tale definizione vien esaminato il caso della pubblicità degli avvocati —che in Italia ha registrato di recente importanti novità—: la sua regolamentazione deontologica rappresenta una ipotesi nella quale le differenze "ideologiche" sull'interpretazione della professionale legale si scontrano apertamente.
Parole chiave: avvocato – deontologia - etica - pubblicità.

1. Zugzwang

Affrontare il tema della deontologia dell'avvocato pone, oggi e qui (in Italia, ma probabilmente ovunque, quantomeno nel mondo occidentale), una scelta preliminare non semplice. Si deve restringere l'esame nei limiti del diritto positivo (ed in Italia si tratta, tra l'altro, di una normativa in continua evoluzione), oppure ci si deve porre in una prospettiva assiologica?

Mi spiego meglio: è opportuno privilegiare l'esegesi di norme, che trovano origine sia nell'ordinamento dello Stato che nell'autoregolamentazione delle categorie professionali (con, per corollario o presupposto a seconda dei punti di vista, la discussione sulla natura giuridica delle seconde), e la cui elaborazione in questo momento storico registra possibili e strumentali distorsioni dettate da soluzioni iperliberistiche della crisi globale dei mercati

suggerite da taluni; ovvero dar prevalenza ad un inquadramento di tipo sistematico-assiologico (alla tutela di quali valori è predisposta la normativa deontologica? all'interno di quale "ordinamento" si colloca?) e, solo dopo, saggiarne la congruità a quegli scopi.

E' certo che scrivere di etica è sempre ed in generale un compito veramente difficile, da svolgere sul filo di un arduo equilibrio tra il diritto positivo e l'individuazione dei valori, come scrive Betanzos Torres.[1]

Per la scelta cui ho accennato si potrebbe usare la parola tedesca che significa "obbligato a muovere", e che indica, nel gioco degli scacchi, la posizione del giocatore nella quale ogni decisione o mossa comporterà una perdita: *Zugzwang*, il cui suono —specialmente ad orecchie latine— sembra esprimere di per sé una perplessità, una difficoltà.

Il lettore avrà già intuito qual è la mia scelta; forse non sarà la migliore, ma credo sia preferibile chiedersi prima di tutto a quale figura di professionista forense dovremmo pensare; quali valori la sua attività dovrebbe tutelare; verso quali esiti il dibattito in corso può spingere.

Scelta che peraltro è resa più facile dallo stretto intreccio tra i due piani, motivo per cui optare, come faccio, per la seconda prospettiva non significherà trascurare l'esame di alcuni significativi dati positivi che costituiscano vere e proprie cartine di tornasole.

In questo saggio attingo largamente, rielaborandole e soprattutto aggiornandole, a precedenti riflessioni pubblicate negli ultimi anni in varie riviste giuridiche, della cui citazione di volta in volta faccio grazia al lettore, rinviando alla bibliografia che le indica.

[1] E. O. Betanzos Torres, *Comentarios sobre la ètica de los servidores pùblicos en la imparticiòn y procuraciòn de justicia electoral*, in *Democracia y partecipaciòn ciudadana*, *FEPADE Difunde*, 2010, 27 ss. e certamente a me mancherà lo stile chiaro e conciso di quest'Autore, come in *Introducción a la Ética*, Porrûa-ELD, México, 2012.

2. QUALE APPROCCIO?

Fatta questa scelta, resta una questione di forma nell'approccio al tema. Potrei decidere per una apertura "alta", citando per esempio il Cardinal Martini, recentemente scomparso:

> Quando non si affrontino le sottese questioni "morali"...sembra che le stesse questioni di "etica pubblica" non possano ricevere altro che soluzioni convenzionali, risultato di un compromesso tra punti di vista diversi e incomparabili e non, invece, di una reale consenso a proposito di ciò che è degno dell'uomo, di ciò che fa buona la vita.[2]

O citare invece uno dei numerosi *jokes* che la cultura popolare statunitense ha dedicato agli avvocati (e del quale va mantenuta la lingua originaria, che consente il gioco di parole):

> "My uncle is a criminal lawyer"
> "Aren't they all ?"[3]

In realtà, come si sarà ben compreso, i due approcci si integrano e l'uno non può fare a meno dell'altro.

Parlare di valori e della "vita buona" significa infatti parlare della vita "intera", dove riflessione ed azione, tragico e comico, miserie e ricchezze si alternano in un flusso che non ha soluzioni di continuità.

Da avvocati, parlare di *giustizia* e di *deontologia* è allora parlare della stessa cosa, da due angolazioni diverse.

Ma la giustizia, oggi, cos'è?

[2] C. M. Card. Martini, in *Etica degli affari e delle professioni*, Milano, IlSole 24 Ore, 1992, 12-14.

[3] Tratto da M. Galanter, *Lowering the Bar.Lawyer Jokes and Legal Culture, Madison*, The University of Wisconsin Press, 2005, 180.

3. LA GIUSTIZIA COME BENE COMUNE

Non è questa la sede per una discussione accademica, per la quale non solo non ho le competenze, ma che mi sembra anche inopportuna; l'argomento va qui affrontato da pratici (ma non da praticoni).

E' consentito allora anche a me far cenno ad una proposta interpretativa che mi sento di condividere, quantomeno nella sua impostazione di base, di uno dei più accreditati filosofi politici contemporanei, senza nascondermi che si tratta di una scelta discutibile, ma che resta affascinante: mi riferisco a Michael Sandel, autore di un celebre Corso sulla Giustizia ad Harvard[4] e di alcuni dei testi più noti degli ultimi anni,[5] il cui approccio si distingue per la rivalutazione del concetto di persona, in una critica esplicita a posizioni illustri come quelle di John Rawls.[6]

Le sue considerazioni sono di grande attualità anche in Italia, in un momento nel quale proprio la nostra categoria (ma anche quella dei magistrati) è sottoposta ad attacchi condotti talvolta anche scompostamente, in nome di presunte "liberalizzazioni" raramente dirette —guarda caso— dove effettivamente avrebbero un senso (vale a dire nel mondo delle imprese, pubbliche o private che siano).[7]

La giustizia —anticipo— si può vedere come un *bene comune*: sono tali alcuni suoi essenziali componenti (come la conoscenza) ed è tale il "sistema" che la amministra, del quale gli operatori sono i protagonisti.

[4] Disponibile per tutti sulla rete: http://www.justiceharvard.org/.

[5] Come *Il liberalismo e i miti della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1994; *Giustizia: il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano 2010. Michael Sandel è professore di Filosofia politica e teoria del governo alla Harvard University.

[6] Di J. Rawls *Una teoria della giustizia* [1° ed. 1971], Feltrinelli, Milano, 2008; *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milano, 2002.

[7] V. il riferimento che vi fa G. Rossi, *Sconfitta la speculazione ora il nemico è la povertà*, in IlSole 24Ore del 9.9.2012.

E' allora necessaria anche una preliminare definizione di *bene comune*, oggetto di discussioni assai vivaci che partono dalla distinzione in due grandi gruppi, quello dei beni comuni di carattere naturale e l'altro, dei beni comuni di carattere socio-culturale, quali sicuramente quello che qui ci interessa.

Parto quindi dalla definizione della *conoscenza* data recentemente da Enza Pellecchia:[8]

> Sono ... *beni comuni di carattere socio-culturale* il linguaggio, la conoscenza, il c.d. capitale sociale (reti sociali, relazioni fiduciarie all'interno delle comunità locali, saperi tradizionali). In particolare, la conoscenza è il principale motore delle moderne società, il cui sviluppo dipende largamente dalla formazione, dalla ricerca, dalla diffusione di saperi creativi e innovativi. La conoscenza è dunque una risorsa da condividere ed è un "bene comune" proprio in quanto costituisce un patrimonio collettivo soggetto a fenomeni di depauperamento e di esclusione.

Conoscenza, quindi, come elemento essenziale di una società moderna e democratica.[9]

La gestione del sistema giustizia in una società evoluta e complessa come la nostra fa della conoscenza un elemento fondante ed indispensabile, che richiede un delicato trattamento; di tale elemento fanno parte non solo le norme e gli istituti giuridici in genere, ma anche le regole di comportamento, dalle quali non può prescindere: quelle che ci interessano sono *le regole dell'attività dei professionisti della giustizia*.

[8] E. Pellecchia, *Beni comuni e diritti fondamentali della persona*, in *Diritto e formazione*, 2011, 430.

[9] Sulla conoscenza come bene comune per tutti C. Hess-E. Ostrom, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Bruno Mondadori, Milano, 2009 (ed. orig. 2007).

4. NESSUNA REGOLA PER I PROFESSIONISTI?

Questo è quanto propongono le sirene di un liberismo che a ben vedere tale non è; diceva bene Norberto Bobbio che il saggio sulla libertà di John Stuart Mill è l' abc del liberalismo "*Ma dopo vengono, e sono venute nel giro di centocinquant'anni, tutte le altre lettere dell'alfabeto. E non siamo ancora arrivati alla zeta*";[10] e, soprattutto, liberismo e liberalismo non sono la stessa cosa (anche se pochi oggi sembrano accorgersene).[11]

Nessuna regola per i professionisti significherebbe in primo luogo nessuna deontologia; di regole, in realtà, ce ne sarebbe una sola: quella del massimo profitto col minimo sforzo. E' giustificata la preoccupazione delle imprese per i molti vincoli burocratici che talora impediscono uno sviluppo delle loro attività; non lo è additare nei professionisti il caprio espiatorio di problemi macroeconomici che a giudizio di larga parte degli osservatori mondiali sono determinati in buona, se non in massima, parte dall' *assenza* o *insufficienza* di regole.[12]

E' comprensibile —ma meno giustificato— anche il duplice tentativo, da un lato, di ridurre i costi delle imprese senza guardare tanto per il sottile e, dall'altro, di ridistribuire il mercato dei servizi; ma i costi sociali di simili operazioni non sono indifferenti.

[10] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2005 (1984), 117. Su Bobbio v. T. Greco, *Norberto Bobbio tra filosofia e politica. Una biografia intellettuale*, Roma, Donzelli, 2000.

[11] Lo aveva ben presente invece nientemeno che Luigi Einaudi: v. per es. i saggi contenuti in *Il buongoverno*, Bari, Laterza, 2004 (1954). V. anche le pagine di R. Dahrendorf *in La libertà che cambia*, Bari, Laterza, 1994, spec. 55 ss.

[12] Tra i tanti v. P. Krugman, *Fuori da questa crisi, adesso!*, Milano, Garzanti, 2012; J. E. Stiglitz, *The Price Of Inequality: How Today's Divide Society Endangers Our Future*, New York, Norton, 2012; di Amartya Sen consiglio la breve lettura di *The Crisis of European Democracy* su il New York Times del 22 maggio 2012.

Sandel non condivide né l'approccio utilitarista, per il quale "giusta" è ogni decisione e norma che conduce al maggior benessere per il maggior numero di consociati, né quello "liberale" fondato sulla più ampia libertà di scelta:

> Una società giusta non può essere costituita semplicemente massimizzando l'utilità od assicurando la libertà di scelta. Per raggiungere una società giusta dobbiamo ragionare insieme sul significato della vita buona (good life), e creare una cultura pubblica capace di accogliere i dissensi destinati inevitabilmente a manifestarsi.[13]

E' quindi al "fine" (la "vita buona": e di qui l'attenzione alla persona) che si deve guardare per ricostruire un significato di giustizia come bene comune, ed in particolare per valutare il rilievo delle norme deontologiche.

Una vita "buona": che cos'è ? è il titolo di un recente saggio di Ronald Dworkin[14] nel quale —mentre ci invita a non fermarci a definizioni formali, come quelle tradizionali secondo le quali le norme morali si riferiscono a come dovremmo trattare gli altri, mentre quelle etiche a come noi stessi dovremmo vivere— l'accento è posto sulla "*perfomance*" del vivere, con una suggestiva rappresentazione:

> Il valore finale delle nostre vite è espresso da un avverbio e non da un aggettivo; qualcosa che riguarda come abbiamo davvero vissuto, non un'etichetta applicata al risultato finale. Si tratta del valore di un'esecuzione, non qualcosa rimasto dopo che la rappresentazione è finita. E' il valore di una danza o di un tuffo eseguiti brillantemente quando i ricordi si sono smorzati e l'increspatura delle acque appianata.

[13] Dall'edizione originale *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux, 2009, New York (ns. trad.)

[14] R. Dworkin, *Una vita "buona": che cos'è?* in 451, 4/2011, 28 ss.

Non era quindi inutile o fuori tema la citazione del Cardinal Martini, a proposito dell'etica pubblica e di ciò che "*fa buona la vita*".

Essere avvocati (o medici) non è esercitare un mestiere come un altro.

Senza voler ricorrere ad una formula retorica come quella di "missione", indubbiamente avvocati lo si è (o lo si dovrebbe essere) 24/7, e ne sanno qualcosa le famiglie.

"Come" viene vissuta questa professione connota indelebilmente; la si vive immersi in una rete di rapporti —professionali, sociali, culturali, familiari, politici— e molto probabilmente in tutti loro l' "essere avvocati" è evidente agli interlocutori. Ci si dovrebbe allora preoccupare di non corrispondere allo stereotipo corrente dell' avvocato ignorante e spregiudicato insieme; vengono subito in mente Lionel Hutz, il celeberrimo avvocato della serie *I Simpson*, un prototipo —come lo definisce Lisa Simpson— di "*shyster*", termine *slang* d'orrenda etimologia; quello il cui slogan pubblicitario è "*cause vinte in trenta minuti o pizza gratis*"...; od altre battute: "*come si fa a capire se un avvocato mente? — dal fatto che muove le labbra...*"[15]

Come mai la figura dell'avvocato, non solo negli U.S.A., è così gravemente compromessa in stereotipi così avvilenti? Sicuramente, oltre agli attacchi strumentali di cui si è detto, la categoria ha un'ampia responsabilità.

La deontologia non può non essere un riferimento costante nei comportamenti dell'avvocato anche al di fuori dell'attività professionale in senso stretto (v. l'art.5, can.II Cod. Deont. Forense).[16] Il rispetto delle regole contribuis-

[15] M. Galanter, *op. cit.*, 31.

[16] II. L'avvocato è soggetto a procedimento disciplinare per fatti anche non riguardanti l'attività forense, quando si riflettano sulla sua reputazione professionale o compromettano l'immagine della classe forense. L'interpretazione del C.N.F. (tra ie vitime decisioni 29.11.2012 n. 160) e deila Cassazione è

ce al raggiungimento di uno scopo ulteriore e collettivo, che per ragioni di sintesi ho chiamato la "giustizia".

Ha scritto un nostro studioso:

> Il discorso vale anche per le norme deontologiche. L'unico modo a mio avviso sensato di reperire per esse un fondamento è quello di accettare preliminarmente un ragionamento sul telos della professione considerata. Ogni norma deontologica deve essere difendibile in relazione alla finalità della professione per la quale è stata stabilita: la regola deontologica, la disciplina in quel modo e non in un altro del rapporto del professionista con il collega, o della sua relazione con i destinatari del servizio professionale e con la società tutta, o ha questo di mira, cioè la salvaguardia e la promozione dell'identità professionale, o risulterà presto o tardi insopportabilmente ingiustificabile.[17]

Miriamo quindi ad un *certo tipo* di avvocato, non ad "un laureato in giurisprudenza che ha superato l'esame di stato", dotato cioè (soltanto) dei requisiti formali. E non dissimile dovrebbe essere la considerazione del magistrato.

conforme (le sez. unitwe, 07.11.2011, n. 23020 hanno tral'altro precisato che l'art 5 del Cod. deontologico forense non è incontrasto con l'art 8 C.E.D.U.)

E' significativo che il riferimento alla vita privata si rintracci anche nei codici etici dei magistrati: se in quello approvato dall'Associazione Nazionale Magistrati italiani il richiamo è "nel contesto" - vedine la edizione approvata il 13.11.2010; sull'esperienza di quella del 1994 il commento di A. Pizzorusso, *il "codice etico" dei magistrati italiani, in Deontologia giudiziaria - Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, a cura di Aschettino L., Bifulco D., Épineuse H. e Sabato R., Napoli, Jovene, 2006, 51 ss. – nel Còdigo de Ètica del Poder Judicial de la Federaciòn messicana e nel Còdigo Iberoamericano de Ètica Judicial è del tutto esplicito (rispettiv. art.4.1, e art.53/55).

[17] C. Sartea, *L'emergenza deontologica*, Relazione al Corso di Formazione per Magistrati della Corte dei Conti, Roma, 22.9.2010, in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/chi_siamo/consiglio_di_presidenza/incontri_studio_e_formazione/roma_22_settembre_2010_sartea.pdf. Dello stesso Autore *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Giappichelli, Torino, 2010.

5. La figura dell'avvocato

Mi sarà consentito riprendere considerazioni già espresse altrove, la cui validità il tempo trascorso e gli sviluppi successivi non hanno fatto che confermarmi.

Quali sono le caratteristiche della figura dell'avvocato nel modello continentale europeo, ed in particolare in quello latino?

Una sintetica definizione si può cogliere in vari *loci*, assai diversi tra di loro ma convergenti sul tema.

Possiamo iniziare cogliendo qua e là riferimenti e riflessioni isolate ma dal valore fortemente indiziario: per es. nella relazione al Progetto di legge sull'ordinamento professionale presentato dal Sen.Calvi (AS 963 del 2007) dove tra le varie esigenze che si volevano soddisfare era indicata quella di:

> Strutturare la professione di avvocato come strumento di attuazione del diritto costituzionale alla difesa e come principale strumento di tutela della libertà dei cittadini.

In recente pubblicistica (di parte certamente non restia ad ammettere la necessità di innovazioni strutturali, anche forti, nella gestione dell'attività professionale),[18] si può leggere:

> ...tenendo in conto della rilevanza del ruolo e della funzione, prima di tutto istituzionale di 'garante della conoscenza e del rispetto della legge' attribuito alla figura dell'Avvocato nel contesto dell'ordinamento italiano, che proprio perché tale, non è compatibile con una connotazione dell'esercizio della professione, quale attività di stampo commerciale.

[18] G. Stumpo, *Marketing e qualità per gli studi legali*, Giappichelli, 2006.

Inoltre, la constatazione —che fa spesso da sfondo ed anzi da presupposto negativo di qualsiasi discussione— dell'abnorme numero degli avvocati in Italia (ca.240.000), e quindi della polverizzazione del mercato dei servizi legali, induce l'osservatore più attento e pragmatico ad osservare che la considerazione tralaticia che essa sia di per sé un fattore di debolezza[19] non è poi così valida, considerando:

- che non eccessivamente diversa è la situazione negli altri paesi europei: v. per esempio la situazione della Gran Bretagna, che nella *vulgata* costituisce sempre l'esempio di una assoluta "alterità". Secondo l'*Annual Report 2007* della Law Society of England and Wales, al 31 luglio risultavano iscritti al Roll circa 134.000 *solicitors*, dei quali circa 108.000 "operativi" (con *practising certificate*), di cui circa 82.000 operanti come liberi professionisti (il resto essendo inquadrati in organizzazioni commerciali e industriali o nel settore pubblico); ed il dato più significativo è che quasi l' 86% della *law firms* è costituita da non più di quattro professionisti.[20]
- anche il *trend* esponenziale nella crescita dei legali è simile; anche in Inghilterra e Galles infatti si è passati dai 32.000 iscritti "operativi" del 1977 ai 108.000 del 2007.

[19] Sul punto non è possibile non citare P. Calamadrei, *Troppi avvocati!*, Firenze, Quaderni della Voce, 1921; ed ancor prima C. Cavagnari e E. Caldara, redattori della voce "Avvocati e procuratori" de Il Digesto italiano, Torino, UTET, 1893-1899, ne parlavano come della "causa principale dei molti mali, ond'è lordata la moderna avvocatura" (p. 93 dell'edizione a cura di G. Alpa, Bologna, Il Mulino, 2004.

[20] Vero è, però, che l' 1,9% delle associazioni con più di 26 *partners* impiega il 40% di tutti i *solicitors*...

- che i grandi studi stranieri sono entrati in Italia per singole operazioni, collegate ad altre su mercati esteri, e che comunque la crisi globale ne ha fortemente ridimensionato la presenza.[21]

6. Le definizioni deontologiche

Così in qualche modo già inquadrato il tema, andiamo a vedere come la autoregolamentazione della categoria denoti una "consapevolezza di sé".

Un primo obbligatorio richiamo è al preambolo del Codice Deontologico Forense italiano, approvato dal Consiglio Nazionale Forense nel 1997 e più volte modificato (da ultimo nel 2011):

> L'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia ed indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia.
> Nell'esercizio della sua funzione, l'avvocato vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione, nel rispetto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e dell'Ordinamento comunitario; garantisce il diritto alla libertà e sicurezza e l'inviolabilità della difesa; assicura la regolarità del giudizio e del contraddittorio.
> Le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela di questi valori.[22]

Non meno importante è il Codice Deontologico degli Avvocati Europei, redatto dal C.C.B.E., l'organismo che riunisce le associazioni giuridiche nazionali dei ventisette membri dell'Unione Europea e dei tre membri dello Spa-

[21] V. di Parigi su IlSole-24Ore del 16.11.2009 l'articolo *Grandi law firm in cura dimagrante*.

[22] http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/codice-deontologico-forense.html.

zio Economico Europeo (Norvegia, Liechtenstein e Islanda), insieme alla Svizzera e ad altri ordini nazionali di paesi del Consiglio Europeo in trattative ufficiali per l'ingresso nell'Unione, ed altri ancora come osservatori. Esso risale al 1988 ed è stato modificato tre volte, l'ultima delle quali nel maggio 2006.

Il preambolo recita:

1.1. La funzione dell'avvocato.
In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato svolge un ruolo di primo piano.
Il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge.
L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di Diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà. L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica.
La funzione dell'avvocato gli impone vari doveri e obblighi (a volte, apparentemente, tra loro contraddittori), verso:
- il cliente;
- i giudici e le altre autorità innanzi alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente;
- l'avvocatura in generale e ogni collega in particolare;
- il pubblico, per il quale una professione liberale e indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri nella società.

Al Codice europeo si è affiancata nel 2006 la Carta dei Principi Fondamentali dell'Avvocato Europeo, che si rivolge non solo agli avvocati ma a tutti i cittadini europei, e che individua dieci principi:

a) indipendenza e libertà di garantire la difesa del proprio cliente;

b) rispetto del segreto professionale e della riservatezza delle controversie oggetto del mandato;
c) prevenzione dei conflitti d'interesse tra vari clienti o tra il cliente e l'avvocato stesso;
d) dignità, onorabilità e probità;
e) lealtà verso il cliente;
f) correttezza in materia di onorari;
g) competenza professionale;
h) rispetto verso i colleghi;
i) rispetto dello Stato di Diritto e contributo alla buona amministrazione della giustizia;
j) autoregolamentazione dell'avvocatura.[23]

E' opportuno verificare infine se anche in realtà profondamente diverse, se pur accomunate dal richiamo alla tradizione romanistica, come il Sud America ed in particolare il Messico, vi sia un eguale sentire.

E la risposta è decisamente affermativa; questo il preambolo del Còdigo de Etica dell' INCAM, la più antica associazione degli avvocati messicani:

1.1.- LA MISIÓN DEL ABOGADO.
En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del Derecho. En un Estado de Derecho, el Abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la Justicia y de los justiciables, pues tiene la obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia.
Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, algunas veces con apariencia contradictoria, con respecto:
A si mismo.

[23] Codice e Carta si leggono alla medesima pagina del sito del C.N.F. *cit.* in n.21. Sulla situazione europea A. Mariani Marini, *Deontologia forense in Europa. La difficile ricerca di regole comuni*, in Id., *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli - Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, Jovene, 2009, 136 ss.

Al cliente.
A los tribunales y otras autoridades ante las cuales el Abogado asiste o representa al cliente.
A su profesión en general y a cada colega en particular.
A la sociedad, para la cual una profesión liberal e independiente, regida por el respeto a las reglas que se ha impuesto a sí misma, es un medio esencial de salvaguardar los derechos del hombre frente al estado y a los otros poderes.[24]

Non è necessario tradurlo, credo, per constatarne la perfetta corrispondenza a quello europeo.

7. Il diritto positivo

Possiamo ora volgere lo sguardo al diritto italiano. Non ci soffermiamo più del necessario sul riferimento costituzionale, tanta ne è la evidenza (benché sottovalutata da molti...):

Art. 24 Costituzione, c.2:
La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Un importante punto di riferimento è stato costituito dalla bozza di disegno di legge per la riforma dell'ordinamento forense —a lungo attesa: la legge professionale italiana risaliva al 1933...— approvata dal C.N.F. nella seduta del 27.2.2009;[25] l'art.2 *(Disciplina della professione di avvocato)* scolpiva i principi fondamentali della professione:

1. L'avvocato è un libero professionista che opera con attività abituale e prevalente in piena libertà, autonomia e indipendenza, per la tutela dei diritti e degli interessi della persona, in attuazione dei princìpi di cui agli articoli 4 e 35 della Costituzione, e

[24] http://www.incam.org.mx.
[25] Reperibile sul sito del C.N.F. www.consiglionazionaleforense.it.

dell'articolo 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
2. L'avvocato, quale soggetto necessario e insostituibile per l'attuazione concreta della giustizia nella società e nell'esercizio della giurisdizione, ha la funzione indispensabile di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti in ogni sede.

Mentre di non minor rilievo era l'inserimento del riferimento alla "funzione sociale" della professione nella formula proposta per l' "impegno solenne" di cui all'art. 7:

1. Per poter esercitare la professione, l'avvocato assume dinanzi al consiglio dell'ordine in pubblica seduta l 'impegno di osservare i relativi doveri, secondo la formula: "Consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno solennemente ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia.

Faceva quindi piacere leggere esattamente nella relazione del d.d.l. 1198 (primo proponente Mugnai: uno dei quattro d.d.l. del Senato per i quali il comitato ristretto della Commissione Giustizia aveva redatto un testo unificato, che ha costituito la base per la riforma recentissimamente approvata e sulla quale *infra*) che:

L'idea fondamentale che pervade l'articolato è quella per cui, anziché puntare ad una deregolamentazione selvaggia, risulta più produttivo mirare ad una regolamentazione migliore, che si ponga a garanzia degli interessi del cittadino-cliente e del superiore interesse al funzionamento del "servizio giustizia.

Nella versione finale del testo unificato peraltro, erano "saltati" (inspiegabilmente) i più che opportuni e specifici riferimenti alla Costituzione ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza.

Nell'ultimo anno è stato aspro il dibattito nella politica e nella società civile sulle iniziative del Governo seguite agli interventi del 2011 e 2012, che devo brevemente ricordare: dalla c.d. "manovra di ferragosto" (il D.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. con modif. in L. n.148/2011), alla legge di stabilità 2012 (L. n.183/2011), al D.L. "Crescitalia" (n.1/2012 conv. in L. n.27/2012), fino al D.p.r. n.137 del 7 agosto 2012 sulla riforma degli ordinamenti professionali, di attuazione del D.l. n.138/2011 (regolamento che il Consiglio Nazionale Forense ha impugnato dinanzi al T.A.R. Lazio).

Una Parola definitiva è stata pero arfine pronunciata con lápprovazione definitiva da parte del senato, il 21 diciembre 2012, della nuova disciplina soll´ordinamento forense (AS 601 - 711 - 1171 - 1198 - B), suila base dell'ultimo festo approvato della comm. Giustizia Camera il 6 giugno 2012 (AC 3900) l'esame del cui articulato mi convente di "fare il punto".

L'art.1, dopo il richiamo al rispetto dei princìpi costituzionali, della normativa comunitaria e dei trattati internazionali, al comma 2 individua la funzione dell'ordinamento forense come fondata "*sulla primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela* [la funzione difensiva] *è preposta*", ed i suoi compiti:

a) regolamenta l'organizzazione e l'esercizio della professione di avvocato e, nell'interesse pubblico, assicura la idoneità professionale degli iscritti onde garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi sui quali essa incide;
b) valorizza la rilevanza sociale ed economica della professione forense, al fine di garantire in ogni sede, in attuazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione, la tutela dei diritti, delle libertà e della dignità della persona;

c) garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti;
d) tutela l'affidamento della collettività e della clientela, prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale;

L'art.2, c.2, vede nel testo attuale la definizione della funzione dell'avvocato:

2. L'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti.[26]

L'art.3, dopo aver ribadito i principi fondamentali al c.2:

2. La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i princìpi della corretta e leale concorrenza.

Al c.3 dà un esplicito riconoscimento al valore del codice deontologico:

3. L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai princìpi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5. Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto eser-

[26] Meglio a mio parere, sarebbe stato conservare il testo del Senato in prima lettura:
"2. L'avvocato, *quale soggetto necessario e insostituibile per l'attuazione concreta della giustizia nella società e nell'esercizio della giurisdizione*, ha la funzione *indispensabile* di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti *in ogni sede*".

cizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile devono essere caratterizzate della osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile.

Ho menzionato più diffusamente queste previsioni *de jure condendo* non solo per l'interesse manifestato dall'avvocatura alla loro approvazione, quanto e soprattutto perché le definizioni generali così offerte aiutano a delineare quella figura dell'avvocato cui questa parte della ricerca è dedicata.

Il D.p.r. n.137/2012 era infatti assai più laconico, limitandosi a ricordare —al c.2 dell'art.2— che:

2. L'esercizio della professione e' libero e fondato sull'autonomia e indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico.

Del resto, anche la normativa del 1933 (R.d.l. 27 novembre 1933 n.1578) lasciava che i caratteri principali della figura professionale emergessero dall'insieme delle singole disposizioni, senza offrire definizioni generali; e il D.p.r. si comporta nello stesso modo.

8. REGOLE, DIRITTI, INTERESSE PUBBLICO

Così delineati —sia pure con l'inevitabile, estrema sintesi richiesta dalla sede— dapprima un quadro generale della professione nel nostro ordinamento; quindi le definizioni deontologiche generali frutto della autoregolamentazione italiana ed europea, ed infine lo stato attuale del diritto positivo interno, voglio introdurre esplicitamente una considerazione che in realtà sta in filigrana a tutto questo intervento.

Mi riferisco al frutto della penetrante indagine svolta nel 2007 dalla Commissione sulla Concorrenza dell' Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico - O.C.S.E. (DAF/COMP/(2007)39) sulle restrizioni alla concorrenza nel settore legale,[27] che partendo da un'analisi dei dati emersi dalle ricerche svolte, conclude con un'affermazione che è da considerare una vera "perla di saggezza" in un ambito quasi sempre travolto e distorto da impostazioni ideologiche (non solo quelle iperliberiste cui ho già accennato, ma anche quelle opposte e nostalgiche del richiamo ai *bei tempi andati* dell'avvocatura): quella per la quale *"la nozione di pubblico interesse è più ampia della necessità di correggere i difetti del mercato"*. E ciò per varie ragioni, tra le quali mi piace segnalare soltanto la provenienza (certamente non sospetta di partigianeria a favore degli avvocati !), ed il carattere pragmatico (frutto tra l'altro di estese ricerche di mercato).

Tale affermazione, nel suo equilibrio, dovrebbe costituire la stella polare di ogni intervento legislativo, e della stessa autoregolamentazione delle categorie, a maggior ragione nel campo della deontologia: come vedremo tra poco proprio il riferimento al libero mercato ed alla concorrenza fa oggi da guida ad ogni iniziativa, non di rado in spregio ad ogni principio di solidarietà sociale e, nel campo delle attività professionali, in particolare a quello della necessaria tutela dell'affidamento dei clienti; mentre la *deregulation* "senza se e senza ma", insieme scopo e metodo di tali interventi, è frutto dell'improprio effetto a cascata di analoghi ammonimenti che vengono dispensati nel campo dell'economia e della finanza, così da farla ormai costituire quale verità incontestabile: e sì che proprio in quegli am-

[27] In lingua inglese all'indirizzo web: http://www.oecd.org/dataoecd/12/38/40080343.pdf.

biti molti hanno segnalato l'erroneità e l'incongruenza di simili indicazioni, smentite dall'esperienza storica e dalla realtà contemporanea.[28]

9. UNA NUOVA DEFINIZIONE

Tiriamo le somme da questa carrellata, e proviamo ad abbozzare col massimo della sintesi una definizione, alla luce di qualche conclusione preliminare che possiamo trarre da quanto illustrato e che di seguito accenno:

- L'avvocato è un professionista che non opera avulso dal contesto sociale, nel quale è invece immerso in ogni momento della sua vita lavorativa (e privata);
- È indispensabile il riferimento alle Carte internazionali dei diritti fondamentali —e, per noi, a quelle europee in particolare— perché in nessun caso il dovere di eseguire un mandato professionale può comportare la violazione dei diritti a tutti riconosciuti in quei documenti, primo dei quali quello alla *dignità* della persona umana (Capo I Carta di Nizza);
- La deontologia è un sistema di regole dato *in primis* per la tutela degli interessi di chi si affida al professionista, là dove forse non è del tutto improprio il richiamo alla distinzione che si ritrova altrove tra gli *shareholders* (qui, i clienti) e gli *stakeholders* (tutti coloro che subiscono, volenti o nolenti, un effetto a causa di tale attività: si potrebbe dire, l'intera cittadinanza): e tale carattere non è smentito, bensì confermato, anche dalle regole date per i rapporti con i colleghi, con i magistrati e con i terzi in genere;

[28] *Cfr.* gli Autori cit. in n. 11.

- Agli avvocati devono essere assicurati indipendenza ed autonomia, *condiciones sine quibus non* essi non possono garantire i diritti *altrui* (non si tratta, o non si tratta soltanto, ancora una volta, dei *propri*);
- La regolamentazione esterna (statuale) della professione, e la stessa possibilità di un' autoregolamentazione, sono strumenti necessari nell'interesse generale, non potendosi affidare ad alcuna mano invisibile del mercato la tutela di interessi così delicati e fondamentali.

Gli avvocati sono allora, per così dire, gli intermediari tra lo Stato, con le sue strutture che assicurano (o dovrebbero assicurare) il perseguimento di fini di interesse generale della collettività, ed il cittadino o l'ente che agiscono in giudizio o comunque tra di loro laddove la sua opera sia richiesta.

L'avvocato, in conclusione, che praticamente in ogni ordinamento professionale è considerato come un "buon cittadino" (il Canadian Code of Professional Conduct afferma esplicitamente che *le sue responsabilità sono più grandi di quelle di un privato cittadino*) **riveste la figura di un operatore sociale, con una funzione ed una responsabilità etiche che trascendono il suo mero interesse economico personale;**[29] ed ogni discussione sulla deontologia può e deve partire da questa constatazione.[30]

La deontologia include quindi una considerazione più ampia della professione legale, perchè non basta rispettare le regole della professione, ma è "necessario considerare i

[29] Sull'avvocato come "buon cittadino", citando il Codice canadese, si intrattengono Hazard-Dondi, in *Etiche della professione legale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 329 ss.

[30] Sulla figura dell'avvocato oggi in Italia v. l'indagine del Censis *Il ruolo sociale dell'avvocato e la sua immagine nei media*, pubblicazione a cura del C.N.F., 2008.

risultati: etica della responsabilità significa infatti valutare le conseguenze delle proprie azioni, chiedersi cosa accada se agiamo in un determinato modo ovvero se non compiamo determinate azioni e nei confronti di chi si producano tali conseguenze".[31]

Una declinazione di tale affermazione è stata data, soprattutto negli ultimi anni, quando si è discusso di "responsabilità sociale". Discussioni indubbiamente originate da quelle più ampie sulla responsabilità sociale dell'impresa, ma che hanno meritato una riflessione più specifica; Guido Alpa ha riportato sulla terra il dibattito, che rischiava di diventare astratto, quando ha scritto che l'avvocato non si deve interessare di "responsabilità sociale" solo quando assiste l'impresa: "In più, l'avvocato presidia il territorio, sia nelle grandi città sia nei piccoli centri. è il punto di riferimento per i rapporti familiari, per i rapporti proprietari, per i rapporti condominiali, per a circolazione stradale, per i rapporti di lavoro, insomma la capillare diffusione degli studi forensi sul territorio costituisce una garanzia per la tutela dei diritti ed un baluardo contro la loro violazione".[32]

10. UN CASO PARADIGMATICO: LA PUBBLICITÀ DEGLI AVVOCATI

Avevo anticipato l'utilità dell'esame di casi di regolamentazione deontologica che possano costituire ipotesi di verifica dei principi affermati.

Per attualità ed importanza pochi forse possono eguagliare quello della pubblicità.

[31] A. Mariani Marini, *Responsabilità sociale e deontologia:l'avvocato e il minore*, in *L'avvocato e il processo*, Milano, Giuffrè, 2003, 627 ss.; v. anche d., *Etica degli affari, etica della professione*, in *Diritto e formazione*, 2005, 1529 ss.

[32] G. Alpa, *L'avvocato*, Bologna, Il Mulino, 2005, spec. 129 ss..

Questo è il tema dove tutte le differenze "ideologiche" vengono allo scoperto, e dove due concezioni della professione si affrontano a viso scoperto.

Prima di approfondirlo, vorrei notare che la dimostrazione della sua importanza è data proprio dall'essere un tema, o forse *il* tema, dove si registra con forza una innovazione del consueto modo di creazione della norma deontologica. Storicamente è infatti raro che questo tipo di "legislatore" (di solito, la stessa categoria interessata) svolga una funzione propulsiva ed anticipatoria: si tende piuttosto a riconoscere e precisare, alla luce di principi considerati insiti/connaturati allo stesso esercizio professionale, o derivanti da norme positive (di carattere gradatamente sovraordinato) l'esistenza di prassi che tengono conto delle conseguenze di certi comportamenti. E' la storia anche del nostro codice deontologico.[33] Oggi è più frequente che sia lo stesso legislatore (stavolta senza le virgolette...) a creare direttamente la norma: in Italia è avvenuto di recente, per esempio, con l'art. 6 c.4 del D.M. n.180/2010, a proposito delle violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni sui requisiti dei mediatori commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi professionali; e tutto ciò di cui si discute oggi a proposito di pubblicità concerne giusto iniziative legislative, governative o parlamentari.

Paladina di una *deregulation* più o meno selvaggia è in Italia da sempre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di cui —per dirne una— sono significative le contorsioni linguistiche usate nell'ultima indagine sulle

[33] Perfetti, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in G. Alpa – P. Zatti (a cura di), in *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 33 ss.; G. Alpa, *L'avvocato*, *cit.*, spec. 135 ss.; R. Danovi, *La missione della deontologia*, in Id., *La giustizia in parcheggio*, Milano, Giuffrè, 1996, 141 ss.

professioni[34] (degne di una *neo lingua* o di un *bis-pensiero* orwelliano) nel citare quanto si legge in calce all'art. 24 c.2 della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. ex "Bolkenstein"), per consentirsi di *non ammettere* a chiare lettere ed in modo comprensibile che, ebbene sì, possono esistere divieti parziali alla pubblicità giustificati da motivi di interesse generale e proporzionati a tale scopo così perseguito, che è esattamente quanto i professionisti vogliono affermare a tutela dei cittadini loro clienti: né più, né meno.

La norma or ora menzionata prescrive che "gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni commerciali che emanano dalle professioni regolamentate ottemperino alle regole professionali, in conformità del diritto comunitario, riguardanti, in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Le regole professionali in materia di comunicazioni commerciali sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate".

Ed infatti il D.lgs. n.59 del 26.3.2010 che ne ha costituito l'attuazione (e la cui applicazione è esclusa *a priori* solo per i notai) ripete pedissequamente all'art.34 *tali indicazioni*.

Se tali sono i "paletti" posti dal legislatore, e se le previsioni del Codice Deontologico Forense (art. 17 e 17 *bis*), consone alle innovazioni disposte con il c.d. decreto Bersani[35] consentono da tempo ogni più ampia possibilità di

[34] Promossa con provvedimento n.16369 del 18.1.2007 e conclusa nel marzo 2009, si legge sul sito dell'Autorità: www.agcm.it.

[35] D.l. 4 luglio 2006 n.223, conv. in L. 4 agosto 2006 n.249, Art. 2.

Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali

1. In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonche' al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei

informazione al pubblico,[36] farà sorridere chi non conosce

propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:...

b) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonche' il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto e' verificato dall'ordine;

[36] Art. 17 – Informazioni sull'attività professionale.

L'avvocato può dare informazioni sulla propria attività professionale.

Il contenuto e la forma dell'informazione devono essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività e rispondere a criteri di trasparenza e veridicità, il rispetto dei quali è verificato dal competente Consiglio dell'Ordine.

Quanto al contenuto, l'informazione deve essere conforme a verità e correttezza e non può avere ad oggetto notizie riservate o coperte dal segreto professionale. L'avvocato non può rivelare al pubblico il nome dei propri clienti, ancorché questi vi consentano.

Quanto alla forma e alle modalità, l'informazione deve rispettare la dignità e il decoro della professione.

In ogni caso, l'informazione non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa.

I. Sono consentite, a fini non lucrativi, l'organizzazione e la sponsorizzazione di seminari di studio, di corsi di formazione professionale e di convegni in discipline attinenti alla professione forense da parte di avvocati o di società o di associazioni di avvocati.

II. E' consentita l'indicazione del nome di un avvocato defunto, che abbia fatto parte dello studio, purché il professionista a suo tempo lo abbia espressamente previsto o abbia disposto per testamento in tal senso, ovvero vi sia il consenso unanime dei suoi eredi.

Art. 17 *bis* – Modalità dell'informazione.

L'avvocato che intende dare informazione sulla propria attività professionale deve indicare:

- la denominazione dello studio, con la indicazione dei nominativi dei professionisti che lo compongono qualora l'esercizio della professione sia svolto in forma associata o societaria;
- il Consiglio dell'Ordine presso il quale è iscritto ciascuno dei componenti lo studio;
- la sede principale di esercizio, le eventuali sedi secondarie ed i recapiti, con l'indicazione di indirizzo, numeri telefonici, fax, e-mail e del sito web, se attivato.
- il titolo professionale che consente all'avvocato straniero l'esercizio in Italia, o che consenta all'avvocato italiano l'esercizio all'estero, della professione di avvocato in conformità delle direttive comunitarie.

le abitudini dei nostri politici (più levantine che italiane) la straordinaria *bagarre* cresciuta sul tema.[37]

Limitiamoci agli ultimi sviluppi.

La "manovra di ferragosto" (art. 3, c.5 D.l. n.138/2011) poneva tra i nuovi principi regolanti la professione il seguente:

> *g*) la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni, è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivoche, ingannevoli, denigratorie.

Può indicare:
- i titoli accademici;
- i diplomi di specializzazione conseguiti presso gli istituti universitari;
- l'abilitazione a esercitare avanti alle giurisdizioni superiori;
- i settori di esercizio dell'attività professionale e, nell'ambito di questi, eventuali

materie di attività prevalente;
- le lingue conosciute;
- il logo dello studio;
- gli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità professionale;
- l'eventuale certificazione di qualità dello studio; l'avvocato che intenda fare menzione di una certificazione di qualità deve depositare presso il Consiglio dell'Ordine il giustificativo della certificazione in corso di validità e l'indicazione completa del certificatore e del campo di applicazione della certificazione ufficialmente riconosciuta dallo Stato;

L'avvocato può utilizzare esclusivamente i siti web con domini propri e direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipa, previa comunicazione tempestiva al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto in cui è espresso.

Il professionista è responsabile del contenuto del sito e in esso deve indicare i dati previsti dal primo comma.

Il sito non può contenere riferimenti commerciali e/o pubblicitari mediante l'indicazione diretta o tramite banner o pop-up di alcun tipo.

[37] Non è diversa sebbene assai più sintetica la regolamentazione deontologia europea; così il cit. Codice Deontologico degli Avvocati Europei all'art. *2.6. Pubblicità personale*.

2.6.1. Gli avvocati possono informare il pubblico dei servizi da essi offerti, a condizione che tali informazioni siano veritiere, corrette e non violino il segreto professionale e gli altri principi fondamentali della professione.

L'art.4 del D.p.r. n.137/2012 così attua tale principio:

(Libera concorrenza e pubblicità informativa)

1. E' ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni.
2. La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria.
3. La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206,e 2 agosto 2007, n. 145.[38]

Oggi, l'art. 10 *(Informazioni sull'esercizio della professione)* della nuova disciplina forense così recita:

1. È consentita all'avvocato la pubblicità informativa sulla propria attività professionale, sull' organizzacione e struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli scienfitici e professionali posseduti.
2. La pubblicità e tutte le informazioni diffuse pubblicamente con gualungue mezzo anche informatico, debbono essere trasparenti, veritier, corrette e non devono esser comparative con a tri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive.
3. In ogni caso le informazione offerle devono fare riferimento alla natura e ai limiti del obligazione professionale.
4. L'inosservanza delle disposicione del presente articolo constituisce illecito disciplinare.

Se ne può ricavare uno schema di questo tipo e commentarlo:

[38] *Attuazione dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.*

Cod. Deont. Forense e D.l. n.223/2006	D.l. n.138/2011	D.p.r. 137/2012	Nuova disciplina forense
la pubblicità informativa deve rispondere a criteri di: • trasparenza • veridicità Deve rispettare: • dignità • decoro Non deve essere: • ingannevole • elogiativa • comparativa	*Le informazioni* dovranno essere: • trasparenti, • veritiere, • corrette e non dovranno essere: • equivoche • ingannevoli • denigratorie	*E' ammessa con ogni mezzo la pubblicita' informativa avente ad oggetto l'attivita' delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni.* *...dev' essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev' essere equivoca,* ***ingannevole*** *o denigratoria*	*Informazioni sull'esercizio della professione* ...con qualunque mezzo trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive. + riferimenti al decoro (artt.3,29,35)

Sono riportate in grassetto le caratteristiche di ogni "modello", mentre l'uso del colore è riservato per segnalare differenze e somiglianze nelle varie celle della tabella.

Il primo commento, forse ovvio, è che per il legislatore si tratta spesso di...parole in libertà, la cui scelta non è detto sia sempre stata meditata; non sarà semplice all'interprete capire la differenza tra "non equivocità" e "veridicità"/"verità", oppure tra "non ingannevolezza" e "funzionalità all'oggetto".

Mi sono posto fin dall'inizio in una prospettiva di "valori", ed ho cercato preliminarmente di individuare la figura ed il ruolo dell'avvocato; la domanda allora è: quale delle soluzioni sopra illustrate poteva garantire meglio l'affidamento della collettività.

Intanto, si dica subito che quella professionale, in tutti i modelli offerti, è una pubblicità "informativa" e non meramente commerciale. Già tale qualificazione dovrebbe far escludere che essa possa essere il cavallo di Troia per superare il divieto di accaparramento di clientela previsto dall'art.19 del Codice Deontologico Forense:[39] il cliente/consumatore deve essere posto in grado di compiere una

[39] Art. 19 – Divieto di accaparramento di clientela.

E' vietata ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi alla correttezza e decoro.

I. L'avvocato non deve corrispondere ad un collega, o ad un altro soggetto, un onorario, una provvigione o qualsiasi altro compenso quale corrispettivo per la presentazione di un cliente.

II. Costituisce infrazione disciplinare l'offerta di omaggi o prestazioni a terzi ovvero la corresponsione o la promessa di vantaggi per ottenere difese o incarichi.

III. E' vietato offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

IV. E' altresì vietato all'avvocato offrire, senza esserne richiesto, una prestazione personalizzata e, cioè, rivolta a una persona determinata per un specifico affare.

libera scelta, non "indotto" con qualsiasi mezzo ad operare una preferenza.

Esaminando ora i singoli caratteri della pubblicità professionale, uno sul quale non c'è incertezza di sorta è quello della "non ingannevolezza"; qualunque sia lo strumento usato, lo scopo prevale sulla forma: ed individuerei l'esigenza che richiede tale indicazione in quella di evitare che si possa giungere a "*falsare*" il mercato. In altre parole, l'obiettivo dev'essere quello di non consentire che siano parametri diversi dalla capacità e dalla preparazione professionale a orientare le scelte degli utenti, o —tradotto lo stesso concetto in altre parole— di far sì che i professionisti non siano scelti soltanto in base alla loro capacità di orientare il consumatore con qualsiasi strumento, cioè —appunto— di *falsare* il mercato. Quando viene presentato il "vantaggio" della riduzione dei costi che conseguirebbe al completo dispiegarsi di ogni possibilità pubblicitaria - a parte che una possibile ed anzi probabile conseguenza è l'aumento del contenzioso: v. il caso olandese, dove la estesa liberalizzazione della professione notarile ha portato anzi all'aumento dei costi, alla diminuzione della qualità dei servizi, il tutto in un quadro di scarso incremento della concorrenza[40] va considerato quanto in realtà esso, anche ove fosse conseguito, sarebbe illusorio perché così si trascurerebbero i costi sociali conseguenti, con una contraddizione stridente proprio in termini di analisi economica. Del resto, non sarebbe peregrino il richiamo a quanto è previsto e discusso a proposito delle analoghe definizioni date dal Codice del Consumo.[41]

"Non equivocità" e "veridicità" forse ne sono corollari (la prima) e/o presupposti (la seconda): e, sebbene man-

[40] Rapporto O.C.S.E. *cit.* p.45-47.

[41] D.lgs. N.145 del 2.8.2007; sia consentito il richiamo a D. Cerri, *Pubblicità e professione forense*, in *Rassegna forense*, 2009, n.2, 221.

chi nel D.p.r. un espresso richiamo alla "trasparenza" dell'informazione pubblicitaria credo non se ne possa fare a meno. Essa dovrebbe attenere innanzitutto alla "riconoscibilità" della pubblicità come tale, e quindi non occulta né tantomeno subliminale (vedasi la definizione che ne dà l'art.5 del cit. d.lgs. n.145/2007: *"La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale"*); altri profili ne sono la verificabilità dell'informazione, e la garanzia di indipendenza nello svolgimento delle prestazioni (e quindi la preliminare dichiarazione dell'esistenza di rapporti, ad es., con enti esponenziali di vario genere, con amministrazioni pubbliche, con comunità politiche, culturali ecc.). Anche la veridicità attiene, e probabilmente in modo più diretto, al profilo della verificabilità, e con la trasparenza, insomma, può esser letta nella cornice della "ingannevolezza", sulla quale attenti studi compiuti nell'ambito della concorrenza tra imprese hanno saputo trovare numerose particolarità e caratteristiche, quantomeno sin dalla recezione nel nostro ordinamento (D.Lgs. 25-01-1992, n. 74) della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa; e sembra in effetti utile il riferimento alla vigente norma del solito D. Lgs. 145/07 (Art. 1, c.2) secondo la quale "*La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta*".

Anche sul possibile carattere "denigratorio" non ci dovrebbero essere soverchie discussioni, tanto più in un campo di attività dove difettano parametri oggettivi per una valutazione; questo però ci conduce direttamente a parlare dei profili dove esiste un chiaro contrasto, come quello della pubblicità "comparativa" ed "elogiativa".

E' nota l'opinione al riguardo dell' A.G.C.M. (che vorrei considerare il "mandante" della manovra di ferragosto sul punto); dall'Indagine cit.:

§ 264: "Così, disposizioni che limitano l'utilizzo di espressioni elogiative, enfatiche, che vietano la diffusione della pubblicità comparativa, che impongono il rispetto del decoro o della dignità professionale nella scelta del mezzo di diffusione o del contenuto stesso della pubblicità, spingendosi talvolta a non ammettere la possibilità di pubblicizzare i compensi, non svolgono altra funzione se non quella di impedire la concorrenza tra professionisti, producendo un danno soprattutto ai nuovi entranti e, quindi, proteggendo dal gioco della concorrenza i professionisti già affermati.

La vera e propria mala fede di tali affermazioni emerge (al § 273 della stessa Indagine) allorquando l'Autorità si mostra al contrario consapevole che una pubblicità incontrollata dei servizi medici "*non dovrebbe creare bisogni artificiali di cure mediche*": come se creare un "*bisogno artificiale*" di procedimenti giudiziari (è l'esperienza straniera) sia questione irrilevante ! [42]

In quale modo si sarebbe potuta ideare una lecita pubblicità comparativa (dal carattere comunque informativo, ripeto, anche per il D.p.r. N.137) tra due diversi professionisti forensi? quali sarebbero le caratteristiche oggettivamente verificabili da citare per indurre nel cliente/consumatore una determinata scelta a favore dell'uno sull'altro? L'avvocato X vince tutte le cause e l'avvocato Y le perde tutte? L'avvocato X scrive e parla come Manzoni e l'avvocato Y come l'onorevole Di Pietro? e chi lo dice che le cause vinte e perse fossero omogenee e quindi paragonabili ? e che Di Pietro per avventura non sia più efficace di Manzoni nelle aule giudiziarie? anche perchè "*È di tutta evidenza che la pubblicità comparativa è anch'essa soggetta al criterio di veridicità, completezza e chiarezza*" (ma guarda: lo ha detto proprio l'A.G.C.M. a proposito delle norme sulla riforma forense[43]). Insomma, ci si può immediatamente rendere conto come i confini tra pubblicità comparativa e denigratoria possano apparire assai sdrucciolevoli all'operatore (ed al consumatore) non del tutto *addentro le secrete cose*... anche a questo proposito ci si riferisce quando si parla di "asimmetrie informative".

[42] E sì che la stessa categoria ne ha un'antica consapevolezza: v. i commenti di C. Cavagnari e E. Caldara, *op. cit.*, 240: "Litigare è un male...è loro *[degli avvocati e dei procuratori]* non ingigantire questo male"; e nel '600 A.FRITSCH scriveva: "Peccat Advocatus, qui homines ad litigandum istigat" (Conclusio VII da Advocatus Peccans sive Tractatus de Peccatis Advocatorum & Procuratorum, Lipsia, 1678, riprodotto in Sine causidicis, pubblicazione a cura del C.N.F. del 2009).

Fatta questa rapida comparazione, emerge che la soluzione migliore era quella del d.d.l. AC 3900, oggi trasfusa con correzioni nella nuova disciplina approvata dal Senato, sia per una considerazione di sistema (perché, cioè, le previsioni sul tema denovo esser lette in un quadro che ribadisce, come visto, l'importanza del ruolo sociale dell'avvocato e consente il perdurante riferimento a principi come quello del "decoro" che consentono un constante monitoraggio della rispondenza ai principi dei comportamenti professionali, in continua evoluzione,[44] sia per la significativa, esplicita esclusione della pubblicità comparativa, punto sul quale si è combattuta una discreta querra di posizione con le tendenze più liberiste (rappresentate in primo luogo dall' A.G.C.M.).

Non si può nascondere, però, che lo stesso d.d.l. AC 3900 conteneva una novità potenzialmente dirompente ed in grado di sminuire in modo rilevante l'efficienza del nuovo sistema deontologico proposto (ed in particolare le possibilità aperte dal mantenimento dei riferimenti or ora

[43] Segnalazione del 18.9.2009, a margine dei lavori della Commissione Giustizia del Senato.

[44] Ed è forse un peccato che manchi nel testo definitivo della riforma forense il riferimento alla *"finalità della tutela dell'affidamento della collettività"* contenuto nel testo della Camera.

ricordati): mi riferisco alla previsione dell'art.3, c.3 sulla tipizzazione delle condotte.

Nel testo della Camera infatti si leggeva:

" *Tali norme devono essere caratterizzate dalla* ***stretta osservanza*** *del principio della condotta*".

Encomiabile in via di principio, il riferimento al principio di legalità (ignoto alla proposta originaria del C.N.F.) potrebbe in effetti creare più problemi e minor tutela per gli utenti, giacchè è difficile prevedere espressamente tutti i comportamenti illeciti, laddove clausole generali come quelle del decoro e della dignità costituiscono strumenti essenziali per assicurare una pronta risposta a comportamenti in continua evoluzione.

Convinzione questa che finora era stata fatta propria anche dalla nostra Corte di Cassazione: "*In tema di procedimenti disciplinari nei confronti degli avvocati, il comportamento illecito del professionista perseguibile con il procedimento di cui al r.d.l. n. 1578 del 1933 non consiste esclusivamente in condotte contrarie a prescrizioni di legge civile o penale, e neppure si esaurisce nelle ipotesi individuate dal codice deontologico approvato dal Cnf, potendo essere sanzionati disciplinarmente, in quanto contrari alla deontologia professionale, anche comportamenti atipici...; né la rilevanza di condotte atipiche può suscitare dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 56 cit. r.d.l. n. 1578 del 1933, in quanto la discrezionalità dell'organo rappresentativo della categoria nella ricostruzione dei principi deontologici si svolge all'interno dei binari tracciati dalla legge ed in primo luogo dalla legge costituzionale*" (Cass., sez. un., 07-02-2006, n. 2509).

Sarebbe, in altre parole, una svolta a favore dell'avvocato che si difende, non del cliente; e di tutto abbiamo bisogno fuorchè di diminuire il controllo deontologico (altro è discutere dell'applicazione dei principi del giusto processo al giudizio disciplinare).

Le critiche mosse sul punto hanno condotto all' approvazione di un testo ove il riferimento è ora più sfumato...: "*Tali norme, per quanto possibile, denovo essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta*" grazie al doppio intervento consistente nell'inserimento di una clausola di salvezza (l'inciso *per quanto possibile*) ed all'eliminazione dell'aggettivo *stretta* riferito all' *osservanza*.

In linea generale, occorrerà attendere il lavoro, non da poco, di redazione del nuovo Codice deontologico affidato al C.N.F. dalle norme transitore della nuova disciplina (art.65, c.5), e che dovrà essere compiuto entro un anno dall'entrata in vigore.

11. La dignità è più importante del pane

A proposito di dignità, ricordo che la rivista TIME ha nominato "uomo dell'Anno" 2011 "*The Protester*", in un esplicito riferimento ai protagonisti della primavera araba.

Nell'articolo di commento, il giornalista ricorda come tutto cominciò in Tunisia, con il suicidio di Mohamed Bouazizi, il giovane venditore ambulante che, dopo l'ennesimo infruttuoso tentativo di ottenere ingiustizia e protezione dalle quotidiane angherie della polizia nella piccola cittadina dove viveva, decise di darsi fuoco. La madre ha detto: "*mio figlio si è dato fuoco per la dignità*"; e la sorella minore ha aggiunto: "*In Tunisia la dignità è più importante del pane*".

Dal Maghreb ci viene quindi ricordata questa importante lezione, che non è di politica e neppure di mera propaganda, ma *di diritto*: l'Europa ha già posto la dignità umana al centro della sua azione, individuandola come la chiave interpretativa dei diritti fondamentali nel primo Capo

della sua Carta del 2000; cerchiamo di non dimenticarlo quando si parla di professioni.

BIBLIOGRAFIA

La bibliografia sulla deontologia forense è ricchissima; oltre alle opere citate nel testo, può esser utile la consultazione di:

ALPA G., Etica e responsabilità - Princìpi fondamentali della deontologia forense e società civile in Italia, in Materiali storia cultura giur 2011, 91.

ALPA G., Responsabilità sociale dell'impresa, enti non profit, etica degli affari, in Economia e dir. del terziario, 2011, 199.

ALPA G. e Colavitti G., La pubblicità dell'avvocato, in Prev. forense, 2010, 199.

ALPA G., I diritti fondamentali e il ruolo dell'avvocatura, in Nuova giur. civ., 2009, II, 534.

BARTOLINI C. e CONDELLO D., Ordinamento forense e deontologia - Diritti e doveri dell'avvocato, Torino, Giappichelli, 2010.

CAPPELLI P., Guida alla conoscenza dell'ordinamento e della deontologia forensi, Milano, Giuffrè, 2005.

CERRI D., Formazione e aggiornamento. Tra obbligo deontologico e condivisione di una valore necessario, in Cultura e diritti, 2012, 33.

_____, Il nuovo art. 55 bis codice deontologico forense e l'«adeguata competenza» del mediatore-avvocato. Società, 2011, 1331.

_____, Corte di giustizia, *démarchage* e avvocati, in Diritto e formazione, 2011, 404.

_____, Il potere disciplinare dei consigli dell'ordine nelle proposte di riforma, in Diritto e formazione, 2010, 478.

_____, La pubblicità degli avvocati e l'*"adverse selection problem"*, in Diritto e formazione, 2009, 313.

_____, Pubblicità e professione forense, in Rassegna forense, 2009, 221.

COLAVITTI G., La pubblicità degli avvocati tra «diritto vivente» della giurisprudenza disciplinare e disciplina della concorrenza, in Rassegna Forense, 2004, 3-4, 703.

DANOVI R., Ordinamento Forense e Deontologia –Manuale breve, Milano, Giuffrè, 2011.

_____, Commentario del codice deontologico forense, Milano, Giuffrè, 2003.

DALLA TORRE G., Sviluppi storici della deontologia forense, Arch. giur., 2011, 5.

FERRAJOLI L., Sulla deontologia professionale degli avvocati, in Questione giustizia, 2011, fasc. 6, 90.

FRANZONI M., Aspetti attuali di deontologia dell'avvocato civilista, in La responsabilità civile, 2011, 570.

GALGANO F., Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici, in Contratto e impr., 2011, 287.

GILARDI G., Osservatori sulla giustizia civile e deontologia comune di magistrati e avvocati, in Questione giustizia, 2008, fasc. 5, 39.

MANZIN M. e MORO P. (a cura di), Retorica e deontologia forense, Milano, Giuffrè, 2010.

PERFETTI U., Corso di deontologia forense, Padova, Cedam, 2008.

RICCIARDI M., La natura della deontologia forense, in Rass. forense, 2006, 1405.

Estudios sobre la Responsabilidad Jurídica del Juez, el Servidor Público y de los Profesionistas, fue editado por el Fondo para la Difusión de Derecho de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2013, en los talleres de Impresos Chavéz de la Cruz, Valdivia # 31 Colonia María del Carmen, 5539-5108 y 5672-0119, imprechavez@yahoo.com. La edición consta de 500 ejemplares en papel Cultural de 90 gramos y estuvo a cargo del Dr. Rodolfo Vidal Gómez Alcalá.

El libro recoge las reflexiones de profesores de la Escuela Libre de Derecho y del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa sobre las distintas clases de responsabilidad jurídica que afrontan los jueces, los servidores públicos en general, los médicos y los abogados.

En el caso de los juzgadores se hace notar el complejo sistema normativo de sus obligaciones y la necesidad de regular su responsabilidad, ante los riesgos indeseados de errores judiciales, sin que ello afecte a las garantías de independencia e imparcialidad que rigen sus actividades.

Tratándose de los servidores públicos, sus funciones integran una base fundamental para la plena vigencia del Estado de Derecho, siendo necesario, por la naturaleza de sus actividades, profundizar en el esquema de reparación de daños que se lleguen a producir tanto a la Administración Pública como a los propios particulares.

Los médicos desarrollan su labor profesional en el contexto del derecho fundamental a la salud, siendo que en la obtención de sus fines, muchas veces utilizan procedimientos, medicinas y tecnología experimental que origina afectaciones en los pacientes, lo que lleva a la necesidad de plantear la relación que debe existir entre ejercicio profesional y responsabilidad civil.

Los abogados, como parte del dinamismo de su oficio y el alto impacto en la vida social, deben contar con un profundo deber de justicia, lo que los conduce a cultivar no sólo la excelencia en su trabajo sino también valores éticos que se enmarcan en una responsabilidad especial deontológica.

Estas temáticas, que se profundizan en los trabajos que integran esta obra, buscan resaltar la importancia de la responsabilidad en los distintos ámbitos del derecho y cómo se están transformando por las necesidades del mundo contemporáneo.

9 789686 236262