



Francisco Zúñiga Urbina (Chile)*

La acción de indemnización por error judicial Reforma constitucional y regulación infraconstitucional**

RESUMEN

El artículo se refiere a la reforma constitucional no nacida sobre responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, en el marco del Constituyente derivado del 2005, a lo que se suma un análisis prospectivo de la cuestión.

Palabras clave: reforma constitucional, indemnización por error judicial, responsabilidad del Estado, jurisprudencia comentada, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit der von der Versammlung zur Reform der Verfassung von 2005 nicht verabschiedeten Verfassungsreform bezüglich der Vermögenshaftung des verurteilenden Staates. Eine prospektive Analyse des Themas schliesst sich an.

Schlagwörter: Verfassungsreform, Entschädigung wegen Justizirrtums, Verantwortung des Staates, kommentierte Rechtsprechung, Chile.

ABSTRACT

This paper refers to a constitutional reform, which finally has not been realized, within the framework of the 2005 constituent power, concerning the liability of the judging State, and contains a prospective discussion of this issue.

Keywords: Constitutional reform, indemnity due to a court mistake, State liability, annotated jurisprudence, Chile.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales. <zdc@zdcabogados.cl>

** Versión corregida y aumentada de la ponencia en el Seminario Internacional *Hacia una mejor y mayor garantía constitucional de los derechos fundamentales*, panel “La indemnización por error judicial”, 17 y 18 de mayo de 2007.

1. Presentación

Me ocuparé en este trabajo de la acción de indemnización por error judicial del artículo 19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución (Constitución Política de la República o CPR) y de la reforma constitucional pendiente en la materia que abra la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador y la adecue a la reforma procesal penal, y al mismo tiempo fije una regla que supere el precario *statu quo* del error judicial, el que está aquejado de una doctrina jurisprudencial e interpretación por la Corte Suprema y una formulación normativa iusfundamental escasamente garantista.

El estudio monográfico de la acción de indemnización por error judicial tiene un vigoroso desarrollo en nuestra doctrina entre iuspublicistas (Hernández, Precht), penalistas (Garrido Montt) y procesalistas (Carocca, Pereira). Huelga entonces referirse a la doctrina y la jurisprudencia en esta sede, por lo que nos limitaremos a destacar su déficit garantista.¹

Sin perjuicio del desarrollo monográfico de este tema en la doctrina, es menester precisar que sobre el error judicial la jurisprudencia chilena ha establecido ciertas orientaciones.

Primero, las expresiones que emplea la Corte Suprema para calificar una resolución como “injustificadamente errónea o arbitraria” son indicativas sobre el particular:

1. “Error inexplicable” (SCS, 10.1.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 11; SCS, 11.8.1989, GJ n.º 110, p. 54; SCS, 29.1.1993, RDJ, t. xc, sec. 5.ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. xc, sec. 5.ª, 146; SCS, 2.7.1993, GJ n.º 157, p. 111; SCS, 27.6.1996, GJ n.º 192, p. 95).
2. “Resolución desprovista de toda medida que la hiciera comprensible” (SCS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5.ª, 55).
3. Resolución “falta de toda racionalidad” (SCS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 231; SCS, 22.1.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 5.ª, 9).
5. “Error grave, exento de justificación [...] sin fundamento racional, inexplicable” (SCS, 29.1.1993, RDJ, t. xc, sec. 5.ª, 20; SCS, 7.5.1993, RDJ, t. xc, sec. 5.ª, 146; SCS, 17.11.1999, GJ n.º 233, p. 77).
6. Error “craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible” (SCS, 17.7.1996, RDJ, t. xciii, sec. 5.ª, 164;

¹ Consultar Domingo Hernández E.: “Error judicial: Ensayo de interpretación constitucional”, en *Ius et Praxis*, n.º 1, año 5, 1999, pp. 461-472; Jorge Precht P.: “Resolución injustificadamente errónea o arbitraria en la indemnización por error judicial”, en *Estudios Constitucionales*, año 2, n.º 1, CECOCH, 2004, pp. 175-180; Mario Garrido M.: “La indemnización por error judicial en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 5, n.º 1, 1999, pp. 473- 478; Álex Carocca P.: “La reparación de los errores judiciales”, memoria de prueba, UCV, 1985, 346 pp. , y “Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos en el llamado caso del puente ‘La Calchona’”, en *Ius et Praxis*, n.º 2002, pp. 641-660. Del maestro Hugo Pereira A.: *Curso de derecho procesal*, t. I, Santiago: Cono Sur, 1993, pp. 285-292.

- SCS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5.^a, 272, publicada también en GJ n.º 198, p. 109; CS, 28.8.1998).
7. Resolución adoptada “insensatamente” (SCS, 17.11.1999, GJ n.º 233, p. 77; SCS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5.^a, 193, publicada también en GJ n.º 234, p. 119; SCS, 15.12.1999, GJ n.º 234, 123; CS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4.^a, 134, publicada también en GJ n.º 240, p. 164; SCS, 9.8.2000, GJ n.º 242, p. 150; SCS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.^a, 172, publicada también en GJ n.º 250, p. 167; SCS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.^a, 172; CS, 25.4.2001, GJ n.º 250, p. 164).
 8. “Capricho” judicial, que sugiere incluso un comportamiento cercano al dolo (SCS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.^a, 93; SCS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.^a, 231; SCS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5.^a, 55; SCS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5.^a, 20; CS, 27.6.1996, GJ n.º 192, p. 95; SCS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5.^a, 272, publicada también en GJ n.º 198, p. 109; SCS, 17.11.1999, GJ n.º 233, p. 77; SCS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5.^a, 193, publicada también en GJ n.º 234, p. 119; SCS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4.^a, 134, publicada también en GJ n.º 240, p. 164; SCS, 9.8.2000, GJ n.º 242, p. 150; SCS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.^a, 172, publicada también en GJ n.º 250, p. 167; SCS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.^a, 172).

Segundo, a partir de este reducido campo en que una resolución es “injustificada-mente errónea o arbitraria” cuando ha sido “[...] pronunciada con infracción a los deberes esenciales de un tribunal, entre los cuales cabe considerar el de analizar acuciosa y detenidamente los antecedentes que se invocan para dar por acreditada la existencia de un delito”, es decir, exigirían “[...] analizar si aquellas (resoluciones) se dictaron sin existir elementos de convicción que permitieran fundarlas racionalmente, de modo ilegal o se expidieron por voluntad meramente potestativa, caprichosa o insensatamente”, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha demostrado renuente a admitir el “error judicial”, es decir, a calificar el injusto; las sentencias estimatorias se reducen a no más de cinco desde 1981 a la fecha (SCS de 25 de julio de 1989, GJ n.º 109, pp. 49-54, SCS de 10 de junio de 1999, GJ n.º 233, pp. 77-80).

Tercero, este criterio restrictivo y poco garantista que subyace al concepto de error judicial y la definición dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema está teñido o es prisionero de una interpretación constitucional originalista, con un recurso excesivo una “historia fidedigna” contenida las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, lo que importa un yerro hermenéutico severo (SCS, 14.11.85, RDJ, t. LXXXII, sec. 4.^a, 254; SCS 25.07.89, RDJ, t. LXXXVI, sec. 5.^a, 185; SC, 05.12.90, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5.^a, 184).

Cuarto, el “error judicial”, que es la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador en juicios criminales, es un tipo de responsabilidad distinto al de la responsabilidad penal ministerial y administrativa en que puedan incurrir los jueces en los términos de los artículos 79 y 80 de la Constitución.

En este lugar solo comentaremos brevemente la reforma constitucional del 2005, promulgada mediante la ley n.º 20050, y el intento nonato de modificar el citado artículo

19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución. Sin embargo, antes de abordar la reconstrucción de una enmienda nonata a la Constitución, debemos dar cuenta sumariamente de las modalidades de responsabilidad patrimonial del Estado, para dar coherencia a la exposición general del tema. Al cierre se recogerá una lectura de *Constitutione ferenda* acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, y de una acción de indemnización por error judicial que esté en armonía con las definiciones del Estado como Estado de derecho y República democrática y con una perspectiva garantista.

2. Doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado

Responsabilidad es un término que, genéricamente, indica la obligación de aquel a quien, por cualquier título, incumben las consecuencias de un hecho dañoso o, en otros términos, *dice relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos*. Así entendido, el principio de la responsabilidad es uno de los más importantes del derecho y, en particular, del derecho público, por cuanto se desarrolla en todo el amplio espectro de este y, especialmente, en la vida cotidiana de los individuos regulados por el ordenamiento jurídico.²

Etimológicamente la palabra *responsabilidad* proviene del latín *responsas*, que quiere decir ‘constituirse en garante’. El *Diccionario* de la Real Academia Española define la responsabilidad como la “obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal” (19.ª ed., 1970, p. 1140).

Para entender dicho concepto en términos precisos debemos recurrir al sentido natural y obvio de las palabras, “conforme al uso general de las mismas” (artículo 20 del Código Civil), de donde podríamos definir *responsabilidad* como el conjunto de reglas que determinan la persona a la que el ordenamiento jurídico ordena reparar un daño.

La definición anterior es la consecuencia lógica de que los individuos tendemos a no separar el concepto de responsabilidad del sujeto pasivo de esta, o sea, del *responsable*, y nos permite, por tanto, relacionar de inmediato la responsabilidad con el responsable, así como con los sistemas que determinan la persona del responsable.

Así, *de acuerdo con el sujeto responsable*, podemos clasificar la responsabilidad de la siguiente forma:

² En fecha reciente la *Revista de Derecho* del Consejo de Defensa del Estado dedicó su sección de doctrina administrativa al tema, año 1, n.º 2, Santiago, 2000. En una perspectiva distinta el trabajo del profesor José Ignacio Martínez Estay: “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno”, en libro colectivo *Derecho de daños*, Santiago: Lexis Nexis, 2002, pp. 171-201. Ídem del profesor de Derecho Administrativo Eduardo Soto: *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, 2 vol., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, en especial vol. II, pp. 244 ss. También de Francisco Zúñiga Urbina: “Responsabilidad patrimonial del Estado administrador. (Algunas notas acerca de las obligaciones legales compensatorias)”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 26, Madrid: UNED, 2005, pp. 113-152. Una perspectiva general y puesta al día en el libro de Ricardo Sanhueza Acosta: *Responsabilidad patrimonial del Estado administrador*, Santiago: Lexis Nexis, 2005.

1. *Responsabilidad del Estado*. En nuestro medio, el principio de la responsabilidad estatal se encuentra enunciado en los artículos 6.º, 7.º, y 38, inciso 2.º, de la Constitución, sin perjuicio de las responsabilidades política, constitucional, civil, penal funcionaria y administrativa que empuja a los servidores públicos (artículo 32, n.ºs 7.º, 8.º y 10.º; artículo 36, artículo 52 n.º 2 y 53 n.ºs 1 y 2, artículo 60, artículo 79 CPR, entre otras disposiciones), y, luego, en los artículos 4.º y 42 del DFL n.º 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del 2000, que aprueba texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n.º 18575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE).

La legislación da cuenta de los diversos sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado existentes en nuestro ordenamiento jurídico, como la *falta de servicio* regulada en el artículo 141 DFL n.º 1, Ministerio del Interior, del 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n.º 18695, orgánica constitucional de Municipalidades (en adelante LOC de Municipalidades), 4.º y 42 de la LOCBGAE; como la *responsabilidad objetiva* estatal, regulada en, verbigracia, la ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación, y la ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear; así como fórmulas especiales de responsabilidad, tales como las denominadas *obligaciones legales compensatorias*, reguladas en, verbigracia, la ley n.º 18617 y el DL n.º 3557, de 1981.

Cabe señalar en este punto que en el ámbito del *derecho público* existe consenso en diferenciar entre *indemnización* y *resarcimiento*:

[La primera es] una reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa; en tanto que el segundo término sería la reparación económica que tiene su origen en la actuación ilegal de la Administración.

En el Estado, su personal o funcionariado está sujeto a regímenes de responsabilidad penal funcionaria, civil funcionaria, administrativa, que se persiguen a través de procesos ordinarios (penal) o especiales, como el juicio de cuentas y el procedimiento administrativo disciplinario, que lo instruye la propia Administración activa o la Contraloría General de la República. Incluso más: los funcionarios de ciertas categorías están afectos a responsabilidad constitucional que se persigue a través del *impeachment* o acusación en juicio político en los términos de los artículos 52, n.º 2, y 53, n.º 1, de la Constitución, por la Cámara de Diputados y el Senado en su caso. Todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad política directa o indirecta de los servidores públicos limitada por la configuración del régimen presidencialista.

2. *Responsabilidad de los particulares*, que puede dar origen a responsabilidad civil y/o penal comunes. En la esfera del *derecho privado*, existe responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. En términos genéricos, entonces, la responsabilidad requiere de la concurrencia de cuatro elementos o condiciones: el daño, la culpa o dolo, una relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño, y la capacidad delictual. Toca al autor del daño o perjuicio indemnizar o resarcir el perjuicio específico.

- a. *Responsabilidad penal*. La responsabilidad penal solo puede provenir de una infracción de ley, que se castiga con una pena. Dicho principio se conoce en el derecho penal como *nullum poena, nullum crimen sine lege*. Las fuentes de la responsabilidad penal son el delito penal, consistente en “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” (artículo 1.º del Código Penal), y el cuasidelito penal, que dice relación con “toda acción u omisión culpable penada por la ley”. La diferencia esencial de la responsabilidad penal y extracontractual dice relación con que aquella requiere un tipo penal; en cambio, la responsabilidad extracontractual no está tipificada en la ley; basta que el hecho cause daño, sea imputable e ilícito para que exista responsabilidad.
- b. *Responsabilidad civil*. Esta responsabilidad podrá ser precontractual, contractual, cuasicontractual, extracontractual y legal.

Con respecto a los sistemas más comunes de determinación de la persona del responsable, o de determinación de responsabilidad patrimonial, tenemos los siguientes:

3. *Responsabilidad subjetiva o aquiliana*. Como sabemos, este sistema de responsabilidad se basa en la imputación del hecho que provoca perjuicio, ya sea a título de culpa o dolo, al autor de ese hecho. Dicho sistema obedece al siguiente esquema: si una persona sufre un daño deberá asumirlo, salvo que el autor del daño lo provoque a título de culpa o dolo. En nuestro medio, la fórmula de responsabilidad contractual y civil extracontractual es subjetiva.

4. *Responsabilidad objetiva*. A este sistema también se lo denomina de la *teoría del riesgo creado*, del *riesgo industrial*, entre otros. Su fundamento reside en que toda actividad lucrativa “que crea un riesgo” debe responder por los daños que provoque, con absoluta independencia de la intención; así, si se desea constituir una aerolínea, la empresa que crea dicho riesgo debe responder por los daños que causa en el ejercicio de su actividad.

Al tratar este tema no puede dejar de decirse que el fundamento de la teoría del riesgo y la del enriquecimiento injusto es muy similar. Ambas parten del supuesto de que nadie puede estar obligado a sufrir un daño *injusto*, ya sea por cualquier acto o por el ejercicio de una actividad lucrativa y arriesgada. Este sistema solo exige para que opere la responsabilidad: a) que se produzca un daño, y b) que entre el hecho que lo produce y el daño exista una relación de causalidad. En nuestro derecho se consagra la responsabilidad objetiva en el artículo 6.º de la ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación; el artículo 49 de la ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear; el artículo 174 de la ley n.º 8290, sobre tránsito; los artículos 142, 155 y 172, inciso 1.º, del Código de Aeronáutica; entre otros cuerpos legales.

Cabe destacar en este punto la existencia de otros sistemas de determinación de la responsabilidad estatal, que configuran un *tertium genus*, tales como la doctrina de la falta de servicio, recogida en nuestro medio en los citados artículos 4.º y 42 de la LOCBGAE, y de las “obligaciones legales compensatorias”, de las cuales son cla-

ros ejemplos la ley n.º 18617, el DL n.º 3557, de 1981, y la ley n.º 18755, sobre Servicio Agrícola y Ganadero.

Ahora bien, con respecto al tema específico materia de este trabajo, tenemos que la tendencia actual del derecho comparado se orienta abiertamente a *reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial y legislativo, y la dificultad común es la determinación y calificación del injusto.*

En efecto, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus potestades admite diversas manifestaciones concretas en el derecho positivo chileno, que guardan relación con la división funcional del poder estatal y su tamaño. La responsabilidad y el control del poder público son reglas de oro consustanciales a todo Estado de derecho. En consecuencia, la responsabilidad patrimonial del Estado, en sus facetas *Estado legislador, Estado juzgador y Estado administrador*, viene a constituir un principio rector del Estado de derecho y por lo tanto es parte del sistema de garantías sociales, políticas y jurídicas que caracterizan a esta forma jurídico-política de Estado, y también un principio rector de la república democrática como forma política del Estado.³

Así, podemos sostener que el fundamento actual de la responsabilidad del Estado, ya se trate del Estado legislador, el Estado juzgador o el Estado administrador, no es otro que el Estado de derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger en sus derechos a los gobernados. *Un Estado de derecho “irresponsable” es una contradicción en sus propios términos. Estado de derecho y responsabilidad son conceptos correlativos.*

Entonces, en términos globales, como anota Emilio Fernández:

[...] la responsabilidad del Estado por actos administrativos trata, esencialmente, de restituir el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular, por medio del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.⁴

Así, como anticipáramos, el Estado tiene la obligación de reparar pecuniariamente, de modo de restablecer la situación patrimonial que con anterioridad al hecho o acto ilícito tenía el damnificado, o sea, que haga desaparecer los efectos de la lesión sufrida por alguien en su patrimonio.

Habrá también responsabilidad del Estado siempre que este, por disposición legal expresa, deba *indemnizar* el daño que haya causado directamente a un particular con motivo del ejercicio de la potestad administrativa lícita.

Establecida la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado en sus dimensiones Estado legislador, Estado juzgador y Estado administrador, debemos señalar que la doctrina acepta igualmente *divisibilidad en materia de responsabilidad del*

³ G. Jellinek: *Teoría general del Estado*, Buenos Aires: Albatros, 1970, pp. 591 ss. También de Francisco Zúñiga U.: *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Santiago: Lexis Nexis, 2005.

⁴ Emilio Fernández: *Diccionario de derecho público*, Buenos Aires: Astrea, 1981, p. 665.

Estado y servidores públicos: constitucional, política, patrimonial o civil, administrativa y penal especial.

En el campo de la responsabilidad patrimonial, también denominada *civil extracontractual*, se utilizan diversas modalidades en la legislación extranjera: responsabilidad subjetiva o aquiliana por dolo o culpa civil, responsabilidad objetiva por daño y responsabilidad por falta de servicio, sin perjuicio de otras modalidades especiales, como las “obligaciones legales compensatorias”⁵

En efecto, como señalamos, la responsabilidad patrimonial del Estado es una responsabilidad de derecho público que admite muchas fórmulas concretas, y en determinadas condiciones pueden aplicarse supletoriamente normas o reglas del derecho privado civil y mercantil.

La Carta Política, como bien señala el profesor Pedro Pierry A., enuncia generalmente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado estableciendo la plena justiciabilidad de los órganos estatales administrativos (artículos 6.º, 7.º, 19, n.º 3, y 38, inciso 2.º, del CPR), sin establecer el sistema específico de determinación de tal responsabilidad, lo que es tarea propia del legislador, es decir, la determinación de la responsabilidad estatal: objetiva, por falta de servicio u obligaciones legales compensatorias.

Así, encontramos algunos cuerpos legales excepcionales que recogen la fórmula de la *responsabilidad objetiva*: ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación, y ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear. Igualmente, podemos mencionar los siguientes cuerpos normativos que adoptan la responsabilidad por *falta de servicio con carácter de regla general*: artículo 141 del DFL n.º 1, Ministerio del Interior, del 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n.º 18695, orgánica constitucional de Municipalidades, 4.º y 42 de la LOCBGAE.

El principio de responsabilidad que se predica del Estado y de los servidores públicos nace de la infracción de los principios de constitucionalidad (supremacía, valor y eficacia normativa) y de legalidad reconocidos en los artículos 6.º y 7.º de la Constitución. Por ello, tratándose del Estado administrador, corresponde al legislador establecer el sistema de responsabilidad patrimonial concreto que se aplique. Con todo, la actividad lícita de la Administración que cause lesión o daño acarrea responsabilidad patrimonial u obligación legal compensatoria si la ley expresamente así lo dispone.

3. Dimensiones de la responsabilidad patrimonial del Estado

Ahora bien, se hace necesario un repaso sumario en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las cuestiones más relevantes respecto a la responsabilidad estatal en su triple dimensión:

1. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador* es fruto de la infracción a los principios de constitucionalidad y de legalidad del Estado de derecho contenidos

⁵ Para las opiniones del profesor Pedro Pierry Arrau una visión general en: “Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX”, en *Revista de Derecho CDE*, n.º 5, Santiago, 2001, pp. 29-61. Ídem Raúl Letelier W.: “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho CDE*, n.º 6, Santiago, 2002, pp. 149-187.

en los artículos 6.º y 7.º de la Constitución, y también del contenido tutelar de los derechos fundamentales, en especial del principio de igualdad y el derecho de propiedad. La mentada responsabilidad del Estado legislador concierne a actos legislativos que, adoleciendo de inconstitucionalidad, generan una lesión “antijurídica” o injusta a persona o grupo de personas, cuando tal acto establece limitaciones o ablaciones a derechos subjetivos públicos, garantizados constitucionalmente (derechos fundamentales de contenido patrimonial), como el derecho de propiedad y el derecho de libertad económica, siempre que el acto legislativo imponga cargas o deberes que entrañen un sacrificio especial (propio y particular) que vulnere las garantías de igualdad ante la ley e igualdad ante las cargas públicas, y en esa medida se infringen normas constitucionales que operan como reglas de competencia. En suma, a nuestro juicio la responsabilidad patrimonial del Estado legislador deriva del concepto de ley, el cual, a partir de su falta de unidad en la Constitución, exige a los derechos fundamentales concernidos los caracteres propios de la ley material para armonizar con el principio de igualdad, es decir, la generalidad, la abstracción, la certeza y la obligatoriedad.

En este caso, la ley formal, al no encuadrarse en el concepto material de ley, que exige los caracteres de generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad, encuadramiento necesario solo cuando se trata de leyes concernientes a derechos fundamentales (reserva legal), impone a las personas cargas especiales (propias y particulares) que, en lo que atañe a derechos de contenido patrimonial, configuran una *cuasiconfiscación*, instituto prohibido en nuestro ordenamiento.

En razón de lo dicho, el daño que el Estado ocasione en ejercicio de su actividad legislativa debe originarse en una ley inconstitucional. Ello significa, a la luz de la reforma constitucional del 2005, que corresponderá al Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad declarar la ilegitimidad de la ley, la que tendrá efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro* y personales interpartes o *erga omnes* (artículo 93 n.º 6 y 7 CPR). Una cuestión polémica es si la declaración de inconstitucionalidad (inaplicabilidad o anulación, según sea el caso) por sus efectos temporales *ex nunc* importa la conformación de un título de imputabilidad para este tipo de responsabilidad.

2. Por su parte, la *responsabilidad patrimonial del Estado juzgador* tiene su fuente en el acto jurisdiccional o *resolución* judicial (sentencia judicial condenatoria o *sometimiento a proceso*, término obsoleto en gran medida después de la reforma constitucional del 2005 y de la reforma procesal penal) que incurre en error judicial, con consecuencias dañosas para la víctima. Encuentra su reconocimiento garantístico en el artículo 19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución. En lo que dice relación con la responsabilidad del Estado por error judicial, cabe precisar que ella se ha desplazado fundamentalmente al aspecto penal y se suele definir como “toda antinomia producida entre la verdad material y la verdad oficial, no captada por el juzgador” (F. Puig Peña).

En cuanto al error judicial producido en la jurisdicción civil, es evidente que también puede provocar daños, pero en este caso la doctrina parece pronunciarse en el sentido de que la responsabilidad y la indemnización correspondiente son de cargo del Estado solo si ha mediado culpa o dolo del juez.

En nuestro país, la indemnización por error judicial, aunque consultada en el artículo 20 de la Constitución de 1925, quedó durante toda su vigencia como una disposición *programática* o incumplida, en espera de ley de desarrollo. En tal sentido, la disposición contenida en la letra *i* del numerando 7.º del artículo 19 de la Constitución de 1980 representa un real avance. En efecto, se trata de una norma autosuficiente que no precisa de ley complementaria para su aplicación y vigencia, cuyo procedimiento judicial está fijado anómalamente en auto acordado de la Corte Suprema del 10 de abril de 1996. Por otra parte, aparecen claramente determinados en la norma o regla iusfundamental el titular del derecho a ser indemnizado (de perjuicios patrimoniales y morales), el sujeto pasivo que debe indemnizar —esto es, el Estado (Fisco de Chile)— y el procedimiento para obtener la determinación de la indemnización.

La Comisión de Estudio de la Constitución destinó 10 sesiones a la discusión del precepto referido, y entre los antecedentes de mayor relevancia del debate habido en el ente asesor del poder constituyente autoritario destacan:

- a. Ni la detención ni la citación configurarían hipótesis indemnizables, aun cuando ellas pudiesen ser calificadas de arbitrarias.
- b. La situación del reo cuyo auto de procesamiento es revocado queda subordinada a la dictación de un sobreseimiento definitivo.
- c. El individuo “condenado en cualquier instancia” en forma injusta tiene también derecho a ser indemnizado.
- d. En general, se estimó que “habría injustificado error judicial cuando no hay elementos que intelectualmente puedan haber llevado al juez a la conclusión a que llegó” (sesión n.º 119, p. 21).

Como se ha recordado en la parte preliminar de esta exposición, la Corte Suprema interpreta y aplica con un criterio restrictivo la expresión “injustificadamente errónea o arbitraria”, estableciendo que para que una resolución tenga el carácter de errónea o de arbitraria en grado injustificable es necesario que, además de ser contradictoria con la razón, se haya decretado de manera irregular o caprichosa. Debe carecer rotundamente de motivación y racionalidad, porque si tal resolución, que después resulta errónea, se hubiera fundamentado en antecedentes que llevaron al juez a apreciar como hecho punible o como grado de responsabilidad un comportamiento que con posterioridad se determinó que no era tal, el error producido en el auto de reo o en el fallo condenatorio sería razonable, no susceptible de indemnización alguna (SCS, 30 de octubre de 1987, RT 84, sec. 5.ª, p. 262; SCS 11 de agosto de 1989, GJ n.º 110, p. 54; SCS 16 de agosto de 1989, GJ n.º 110, p. 63).

Quien indemniza es el Estado-Fisco, sin perjuicio de que este puede repetir contra el funcionario (juez) responsable de la lesión o daño, y lo que se indemniza son los perjuicios patrimoniales y morales ocasionados. A la Corte Suprema solo cabe precisar si el error judicial (acción de naturaleza declarativa) que se pretende resarcir alcanza o no la extensión o magnitud requerida para estimar que la resolución que se dictó como consecuencia de la equivocación es injustificadamente errónea o arbitraria, y

que una vez obtenida esa declaración el interesado deberá recurrir al juez civil competente según las reglas generales para que, en juicio sumario, determine el monto de la indemnización respectiva.

3. En cuanto a la *responsabilidad patrimonial del Estado administrador*, que emana de actos de la Administración generadores de daño o perjuicio injusto, insistiremos en la existencia de diversos sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado administrador y la plena justiciabilidad de los actos estatales lesivos de derechos subjetivos públicos, que en el ordenamiento jurídico chileno encuentran desarrollo y regulación en la ley. En efecto, la Constitución recoge generalmente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, y en sus artículos 6.º, 7.º y 38, inciso 2.º, establece que los perjuicios causados por el Estado deben ser, además, indemnizados.

El desarrollo de las causas legales que dan origen a tal responsabilidad, el carácter objetivo, subjetivo o, según otros, mixto de tal responsabilidad, así como la determinación del daño indemnizable, son materia entregada a la legislación vigente específica, sin perjuicio de que un sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional sostienen que en términos *cuantitativos, en la medida en que* se aplica respecto de la mayoría de los órganos de la Administración Pública, rige mayoritariamente el sistema de la responsabilidad “por falta de servicio”, y que, para aquellos casos en que la ley no haya establecido expresamente el sistema o la fórmula de determinación de responsabilidad, debe ser aplicado este sistema con correcciones provenientes de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil (Pierry). Por su parte, para el Estado empresario la remisión del inciso 2.º del artículo 19 del CPR al “derecho o legislación común” hace aplicable el sistema de responsabilidad extracontractual civil o aquiliana como regla general del sistema.

En efecto, como ya establecimos, hay algunos cuerpos legales excepcionales que recogen la fórmula de la responsabilidad objetiva: ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación, y ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear, entre otros. Igualmente, podemos nuevamente mencionar los siguientes cuerpos normativos como manifestaciones de la adopción de la responsabilidad por falta de servicio: artículo 141 DFL n.º 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC de Municipalidades, 4.º y 42 de la LOCBGAE.

En suma, en términos generales podemos establecer que la responsabilidad del Estado admite divisibilidad de responsabilidades y pluralidad constitucionalmente legítima de sistemas de responsabilidad patrimonial para las dimensiones del Estado: legislador, juzgador y administrador, todas fórmulas conducentes a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial. En materia de Estado administrador, tenemos una posición extendida en la doctrina y la jurisprudencia nacional en orden a establecer que, a la luz de lo previsto en el artículo 38, inciso 2.º, de la Carta Política, en relación con los artículos 4.º, 21 y 42 de la LOCBGAE, rige con carácter de regla general el sistema de responsabilidad estatal “por falta de servicio”, sin perjuicio de que la ley puede establecer un sistema distinto de responsabilidad para la Administración del Estado y sin perjuicio, además, de que frente al silencio legal en la materia deberán aplicarse supletoriamente las normas relativas a la responsabilidad subjetiva o aquiliana pre-

vistas en el Código Civil, por cuanto no es dable en un Estado de derecho sostener la *irresponsabilidad* del Estado o de sus agentes.

De este modo, tanto la fórmula de *responsabilidad patrimonial objetiva estatal*, que importa indemnizar el daño o lesión causado por actos estatales legales o constitucionales, como el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado *por falta de servicio*, que importa obligación de indemnizar el daño material legítima o ilegítimamente causado, por culpa o negligencia de funcionarios estatales, y sin perjuicio de los sistemas especiales de responsabilidad previstos en los ordenamientos jurídicos específicos, tales como las “obligaciones legales compensatorias”, *operarán y serán, por tanto, aplicables, frente a disposición expresa legal, y en caso de silencio de ley debe regir en forma supletoria el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado de origen contractual o de origen extracontractual, construido sobre la base de la culpa o dolo, factores determinantes del carácter subjetivo de este tipo de responsabilidad, y que se encuentra regido por las normas de derecho común civil.*⁶

4. Responsabilidad patrimonial del Estado juzgador: una reforma constitucional pendiente

La reforma constitucional del 2005 da cuenta del abordaje de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador a través de la acción de indemnización por error judicial, materia que fue incorporada a los contenidos del iter Constitutione en el marco de adecuar el artículo 19, n.º 7, y otras disposiciones de la Constitución a la reforma procesal penal y de mejorar la protección de los derechos fundamentales.⁷

La reforma constitucional no llegó a cuajar en este punto, pero no se mantiene la necesidad de enmendar la norma sobre responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, que hoy es anacrónica. En palabras de Pereira Anabalón, si se compara el citado artículo 19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución con los artículos 10 y 8.º.2 y 9.º de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Esa reformulación es necesaria y conveniente para el prestigio de la nación chilena en la esfera de la observancia y respeto de las convenciones y principios internacionales sobre derechos humanos, teniendo en consideración, además, los aspectos siguientes: a) La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

⁶ Sobre responsabilidad del estado legislador una monografía reciente de Francisco Zúñiga U.: *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, o. cit., y sobre responsabilidad del Estado juzgador un artículo reciente de Hugo Pereira A: “La responsabilidad el Estado por error judicial”, en *Gaceta Jurídica*, n.º 275, 2003, pp. 7-15.

⁷ Consultar de E. Pfeffer U.: *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes*, Santiago: Jurídica, 2005, pp. 585-588. También consultar texto del veto a dicha reforma constitucional, contenido en *Mensaje* n.º 174-353, de 16 de agosto de 2005, en disco compacto *Antecedentes sobre la historia de la tramitación de la ley n.º 20.050 de reformas constitucionales*, preparado por secretario y prosecretario de la Cámara de Diputados. La misma fuente de investigación y consulta de soporte digital es útil para examinar los informes recaídos en los boletines de la reforma constitucional y la transcripción de los debates de sala en todos los trámites.

preceptúa en su artículo 27 que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, norma que se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de esta Convención, que no hace al caso; b) La norma de la letra *i* del n.º 7.º del artículo 19 de la Constitución Política de Chile se refiere al “que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia [...]”, y en el ordenamiento establecido en el nuevo Código de Procedimiento Penal, de aplicación gradual en el territorio nacional, ha desaparecido el llamado “auto de procesamiento” —en realidad sentencia interlocutoria— por el cual se somete a proceso al inculpado; c) El artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.º (todos los reconocidos en ella) no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Asumiendo una perspectiva garantista para configurar el injusto de responsabilidad patrimonial del Estado juzgador y también como orientación de lege ferenda agrega Pereira Anabalón:

Por otra parte, los derechos fundamentales o esenciales de los seres humanos deben observarse básicamente desde la perspectiva del ser humano mismo, y, por tanto, ciertamente es irrelevante para este la índole, magnitud o profundidad del error cometido por los jueces en el acto de condenarlo. Con todo, es exigible al inculpado y a su defensa en el proceso penal en que se pronuncia la sentencia de condena a causa de un error, que deduzca o interponga oportunamente y en todos sus grados los recursos y demás medios de impugnación tendientes a obtener la corrección del error.

En este contexto es menester dar cuenta sumaria del iter de reforma constitucional sobre responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, que explica que esta enmienda se haya frustrado. En la Cámara de Diputados, en el segundo trámite de la reforma constitucional, se propuso reemplazar en la letra *i* del número 7 del artículo 19 la frase “el que hubiere sido sometido a proceso” por “el que hubiere sido privado de libertad, acusado”, fórmula de suyo amplísima en la que quedan comprendidas todas las medidas cautelares personales privativas de libertad del Código Procesal Penal y la acusación de resorte del Ministerio Público, más las vías de hecho. En el iter camaral hubo dos indicaciones rechazadas que apuntaban al fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, fuera a las hipótesis base, la calificación del injusto (error judicial) o el método de apreciación y valoración de la prueba. Así el diputado J. Burgos propuso sustituir la letra *i* del número 7 del artículo 19 por la siguiente: “i) El que hubiere sido condenado por resolución que la Corte Suprema declare manifiestamente errónea o arbitraria, tendrá

derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en juicio sumario y en él la prueba se apreciará conforme la sana crítica”, y los diputados P. Guzmán y A. Longton propusieron suprimir de la regla citada la palabra “injustificadamente”.

Como resulta obvio subrayar de las indicaciones rechazadas del iter camaral, la primera apunta a restringir las hipótesis de base para demandar el error judicial en juicios criminales a la condena mediante sentencia definitiva, excluyendo la acusación o las medidas cautelares personales, y al mismo tiempo apunta a modificar la exigente calificación del injusto, sustituyendo la palabra *injustificadamente* por *manifiestamente*, modificación con alcance lingüístico y práctico en la adjetivación del error o arbitrariedad; para concluir con la incorporación del método de la sana crítica en la apreciación de la prueba para el contencioso sumario de justipreciación de los perjuicios patrimoniales y morales. La segunda indicación apunta al injusto reduciendo el grado o cota de culpa al proponer la supresión de la palabra *injustificadamente*.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en el tercer trámite constitucional rechazó la adición efectuada por la Cámara de Diputados, y en su informe del 8 de julio del 2005, recaído en los boletines 2526 y 2534, solicitó al presidente de la República abordar en el veto la adecuación de la Constitución a la reforma procesal penal. De este modo mediante el veto del presidente de la República en la fase terminal se abordó el tema de la responsabilidad del Estado juzgador, a nuestro juicio inapropiadamente, aunque toda la justificación gira en torno a explicar que la “acusación” que sustituye al sometimiento a proceso no conduce a reducir a un mismo principio de responsabilidad por error judicial en juicios criminales del Poder Judicial y del Ministerio Público.

En lo pertinente el veto es muy ilustrativo y señala:

Indemnización por error judicial.

Esta materia está tratada por el veto N° 4.

Durante la tramitación de la reforma constitucional se presentaron un conjunto de indicaciones que tenían por objeto abordar de otra manera el tratamiento de esta garantía constitucional. No obstante, se concordó en la necesidad de estudiar con mayor profundidad esta materia en una reflexión más general que abordara el examen de las garantías jurisdiccionales a los derechos fundamentales.

Por lo anterior, solo se pretendió hacer un cambio menor que importara una adecuación a los nuevos términos propios de la Reforma Procesal Penal. En este sentido, el veto es simple en orden a reemplazar la expresión “sometido a proceso” por “acusado”.

No obstante, la simpleza del cambio sí puede tener algunos efectos significativos que obligan a aclararlos.

Por regla general, la acusación es un acto privativo del Ministerio Público. Para tal efecto, la Ley Orgánica Constitucional de dicho órgano, contempla un régimen de responsabilidad distinto al denominado “error judicial”. El artículo 5.º de la ley N.º 19.640 establece lo siguiente:

“Artículo 5. El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

”La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina.

”En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra”.

Esta norma orgánica constitucional debe leerse a la luz de la reforma constitucional que se propone. Se busca que las ideas básicas es que ambas normas sean conciliables, regulando aspectos diversos de un mismo problema.

En efecto, desde la Reforma Procesal Penal, existen dos momentos dentro de los cuales se pueden cometer perjuicios por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias de órganos del Estado: por parte del Ministerio Público y por el juzgamiento por los órganos del Poder Judicial. En el primer caso, el ámbito de regulación es el orgánico constitucional y en el segundo el de la norma constitucional propiamente tal.

La observación que se propone no confunde ambas acciones ni exige una dimensión copulativa de las mismas para proceder a declarar una resolución como injustificadamente errónea o arbitraria; operan como fórmulas independientes.

Por la sola acusación, responde el Ministerio Público, o sea, el Fisco, si esta es injustificadamente errónea o arbitraria. Si, en cambio, hay un acto jurisdiccional en base a ello, como el auto de apertura del juicio oral, estamos frente a un error judicial si dicha decisión fue también injustificadamente errónea o arbitraria.

El hecho que operen independientemente, no significa que se puedan demandar ambas responsabilidades.

La adición contenida en el veto transcrito, que generó debate en la Sala en la sesión del 17 de agosto del 2005 (en particular las opiniones críticas de los diputados Jorge Burgos y Juan Bustos R.), no logró el quórum de aprobación en la Cámara de Diputados, por lo que se entendió rechazado en esta parte. A este respecto es útil consignar los ilustrativos dichos de los diputados Burgos y Bustos, ya que son coincidentes, a saber:

El señor BURGOS.– Señor Presidente, pedimos votación separada del veto 4), que modifica la letra i) del número 7 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto, a nuestro juicio, se comete un error que, aparentemente, el Senado no advirtió.

El error es que se intenta adecuarse a la reforma procesal penal cambiando la voz “sometido a proceso” por “acusado”. De aprobarse el veto, se produciría un efecto gravísimo, porque el error judicial manifiesto puede ser motivo de indemnización, y es bueno que así sea cuando hay un condenado, pero ocurre que “acusado” no es equivalente a “procesado”.

Hoy, el acusado es aquel al cual un órgano administrativo, el Ministerio Público, acusa; no lo hace un tribunal. En rigor, el Ejecutivo o el Senado debieron

haber dicho que hay apertura del juicio oral, pero ya no se hizo y no hay posibilidad de indicaciones.

Por lo tanto, es mucho más lógico rechazar el veto, de modo que la norma quede tal como está, es decir, con la expresión “sometido a proceso”. Por lo menos, el juez podrá interpretar el término “procesado”. De hecho, pienso que así lo ha venido haciendo, porque la reforma procesal penal ya está rigiendo desde hace cuatro años en algunas regiones.

Este veto complica las cosas, porque hace equivalentes las voces “procesado”, y “condenado”, que no lo son, con la agravante de que quien acusa es un órgano administrativo. Si un fiscal se equivoca al momento de acusar, procedería una indemnización, y así lo contempla la ley orgánica del Ministerio Público.

En consecuencia, rechacemos el veto y dejemos pendiente la posibilidad de presentar un proyecto genérico sobre el error judicial, en el que ya estamos trabajando un grupo de parlamentarios.

En sentido análogo el diputado Juan Bustos R. indicó:

Sin embargo, como señaló el diputado Burgos, existe un aspecto que es digno de consideración y de observación.

En verdad, no correspondía emplear el término “acusado” en la reforma constitucional, porque lo lógico era que, con el nuevo procedimiento, la voz que se debió usar era la de “condenado”, porque, precisamente, la Constitución establece la presunción de inocencia hasta el momento en que se condena.

Durante el juicio oral la persona es considerada inocente mientras no se dicte sentencia. Por lo tanto, resulta ilógico que se plantee que existe la posibilidad de rechazar esa presunción o garantía básica de inocencia solo con la decisión del fiscal en la acusación.

Por eso estimo que, tal como expresó el diputado Burgos, debe mantenerse la voz “procesado”, porque dice relación con el antiguo sistema, que todavía está vigente en cuanto a los hechos anteriores. Y con una nueva modificación constitucional debe establecerse que, conforme al nuevo sistema procesal penal y a lo que establece la Constitución respecto a la presunción de inocencia, solamente en el momento en que sea condenado se revierte la presunción de inocencia en una de culpabilidad, con todos los efectos correspondientes.

Por lo tanto, reitero, si somos coherentes y consecuentes, es evidente que corresponde mantener el vocablo “procesado” para el antiguo sistema; pero, dentro del nuevo, lo adecuado es establecer en la Constitución la voz “condenado”, para lo que sería necesaria una reforma constitucional, porque, evidentemente, es imposible que los jueces puedan interpretar “procesado” como “condenado”.

Las observaciones de los diputados Burgos y Bustos nos parecen del todo atendibles, en el sentido siguiente: la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador y del Ministerio Público conciernen a cuadros orgánicos distintos del Estado y a reglas

sobre responsabilidad de alcance distinto, lo que habría redundado en una reducción de la responsabilidad del Ministerio Público derivada de la “acusación”, si se compara con la fórmula empleada por el legislador orgánico constitucional al referirse a las “conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias” (artículo 5.º de la ley n.º 19640) y más amplía que la derivada del “error judicial”.⁸

Finalmente, en cuanto a este aspecto es menester destacar que para cierta doctrina, controvertible, como es lógico, la no adecuación de la letra *i* del número 7 del artículo 19 de la Constitución a la reforma procesal penal en que desaparece la calidad de procesado no acarrea dificultades insalvables, en la medida en que el “sometimiento a proceso”, exige “comprender correctamente aquella expresión como extensiva de otras situaciones a que se vean sometidas las personas, con lesión, patrimonial y moral, de sus derechos, durante la secuela de una investigación y proceso penal”.⁹

5. Conclusiones

En el marco de la reforma constitucional del 2005, la enmienda nonata introducida en el veto n.º 4 antes citado resultaba inadecuada, ya que confundía la responsabilidad patrimonial del Ministerio Público (Fisco de Chile) prevista en la ley orgánica constitucional (artículo 5.º de la ley n.º 19640) con la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador (artículo 19 n.º 7, letra *i*, cuando cada tipo de responsabilidad tiene sus propias reglas.

Así el Ministerio Público (Estado-Fisco de Chile, dado que este “organismo autónomo” carece de personificación) es responsable, según lo ordena el artículo 5.º de su ley orgánica constitucional, por las “conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias”, término que comprende la actividad formal y material de funcionarios del ente público (es decir, es un campo más amplio de actos que la sola “acusación”), lo que no obsta a la responsabilidad que pudiera afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, cuando haya mediado culpa grave o dolo, y que genera el derecho a repetir en su contra. Además, la Constitución prevé una responsabilidad constitucional para el fiscal nacional y los fiscales regionales por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones, que se incoa a través de un procedimiento de remoción ante la Corte Suprema a requerimiento del presidente la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros (artículo 89).

En cambio, el Poder Judicial (Estado-Fisco) es responsable por error judicial en juicios criminales, en los términos del letra *i* del n.º 7 del artículo 19 de la Constitución, cuando dicte resoluciones (sometimiento a proceso o condena) que causen daño y cuando estas sean “injustificadamente erróneas o arbitrarias”, calificación del injus-

⁸ Consultar Emilio Pfeffer U.: *Ministerio Público. Antecedentes de la reforma constitucional*, Santiago: Cono Sur, 1997. También consultar el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, *Boletín* n.º 2152, de 21 de julio de 1999.

⁹ Consultar Miguel Ángel Fernández G.: *La nueva justicia penal frente a la Constitución*, Santiago: Lexis Nexis, 2006, p. 271.

to que compete a la Corte Suprema a través de esta acción declarativa especial. Una definición exigente del *error judicial* en cuanto error de hecho y de derecho (Pereira) resulta comprensible, de suerte que el error grave excluya el error usual o la “justa causa de error” corregido a través del sistema recursal (SCS de 10 de enero de 1984, GJ n.º 43, p. 38). Sin embargo, una definición jurisprudencial restrictiva y poco garantista no nos parece adecuada, aunque esta se asile, prisionera del originalismo, en una contradictoria fórmula del literal *i* del n.º 7 del artículo 19, como es “resolución [...] injustificadamente errónea o arbitraria”. En efecto en dicha calificación del injusto la jurisprudencia ha sido restrictiva o escasamente garantista, al hacer equivalente el error a la culpa grave del juez o tribunal, sin que de ello se deduzca necesariamente la persecución de la responsabilidad penal ministerial del juez en la medida en que el ilícito civil o falta de servicio exige juzgar objetivamente los hechos sin que ello suponga un juicio personal de reproche, como queda demostrado en sentencias estimatorias dictadas en esta sede (SCS de 25 de julio de 1989, GJ n.º 109, pp. 49-54, y SCS de 17 de noviembre de 1999, GJ n.º 233, pp. 77-80).

En este contexto surge la necesidad de Constitucione ferenda de reformar la Carta en el literal *i* del n.º 7 del artículo 19.º para adecuarlo a estándares garantistas universales, como el artículo 5.5 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos de Hombre y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incluso del restrictivo artículo 10 del Pacto de San José de Costa Rica.

La matriz garantista supone quebrar el hielo de criterios tradicionales que sostienen la irresponsabilidad del Estado juzgador, a partir de la doctrina de Pothier que justifica la cosa juzgada como una presunción de verdad, cosa juzgada puesta en cuestión por razones de justicia y verdad material a través del recurso de revisión en materia penal. En esta perspectiva podrían asumirse ciertas reglas iusfundamentales sobre responsabilidad patrimonial diferenciadoras en cuanto al nexo funcional y orgánico con el Estado, a fin de evitar a modo ejemplar las dificultades o *vía crucis* de la regla del artículo 121 de la Constitución española y título V, del libro III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial,¹⁰ a saber:

- a. Circunscribir la acción de indemnización por error judicial del literal *i* del n.º 7 del artículo 19 a una regla de responsabilidad patrimonial del Estado juzgador que arranque del error judicial en la sentencia condenatoria, habiendo sentencia absolutoria firme, eliminando el adverbio *injustificadamente*. Tal adverbio resulta contradictorio (en particular para la determinación de la arbitrariedad del juzgador) y basal para una lectura escasamente garantista como la hasta ahora imperante en la jurisprudencia de la Corte Suprema.
- b. Establecer una nueva regla de responsabilidad patrimonial del Estado juzgador por medidas cautelares personales privativas de libertad o medidas

¹⁰ Francisco Ramos: *Derecho procesal civil*, Barcelona: Bosch, 3.ª ed., t. I, pp. 141-145. También consultar de Juan Montero Aroca y Manuel Ortells Ramos: *Derecho jurisdiccional*, Barcelona: Bosch, 1987, t. I, pp. 131-135, 214-216.

cautelares reales. En un nuevo proceso penal garantista tales medidas exigen el cumplimiento de ciertos estándares, y tratándose de privación de libertad se someten a un principio de excepcionalidad (además de los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad). Por lo tanto, una nueva regla abriría así el error judicial grave a la privación de libertad con infracción de estándares mínimos, uniendo de este modo el error a la lesión de derechos fundamentales en general y de la presunción de inocencia en particular, de lo que deriva la caracterización del injusto y que causa daño patrimonial y/o moral, con expresa remisión a la ley ordinaria para establecer el procedimiento y al legislador orgánico para fijar el tribunal competente.

- c. Establecer una nueva regla de responsabilidad patrimonial del Ministerio Público basada en la falta de servicio, que elimine la fórmula del error expresado en el artículo 5.º de la ley n.º 19640, igualmente restrictiva y poco garantista que la regla actualmente imperante del “error judicial”.
- d. Establecer una regla de responsabilidad patrimonial del Poder Judicial por su “servicio judicial”, en el orden civil y penal general, basada en falta de servicio.

En consecuencia, quedan subsistentes otras fuentes infraconstitucionales de responsabilidad estatal, como las previstas en el Código Procesal Penal o en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1988.

Esta propuesta de *Constitutione ferenda* arranca de invertir los términos Estado-persona; cuando la persona se enfrenta a la potestad jurisdiccional e investigativa del Estado orientada a la punición, debe quedar protegida no solo en sus derechos procesales en cuanto sujeto de la relación jurídico-procesal y relaciones de poder o sujeción. Tal protección constitucional, convencional y legal, aquilata en el derecho a la tutela judicial efectiva y garantía del debido proceso del artículo 19, n.º 3, de la Constitución, y también en los medios de protección de los despliegues de la subjetividad o personalidad (bienes jurídicos que aquilatan en derechos como la libertad personal y la seguridad individual, el derecho al honor y el derecho de propiedad, entre otros), con lo que se configura un haz de medios represivos o correctivos y medios reparadores del daño patrimonial y/o moral causado por un acto formal o material injusto e imputable al Estado por el obrar de sus agentes o funcionarios.

Esta formulación de *Constitutione ferenda* guarda armonía con el principio general de responsabilidad, tan caro a las decisiones fundamentales acerca de la organización del Estado y que recoge la Constitución en su capítulo I de “Bases de la institucionalidad”, en especial en los artículos 1.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, como son la centralidad de la persona o sujeto de derecho, la concepción personalista del Estado, su forma jurídico-política —el Estado de derecho— y su forma política —la República democrática—, y que en definitiva son resultado de una toma de posición del constitucionalismo contemporáneo que denominamos *matriz garantista*. Esta matriz garantista exige una lectura

del principio de responsabilidad estatal que guarde congruencia con la configuración iusfundamental del plexo de derechos fundamentales y sus garantías, y su regla hermenéutica basal: el principio pro hómine, que permite sumar a tal plexo desde el punto de vista del derecho material a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes, en congruencia con el inciso 2.º del artículo 5.º de la Constitución.