LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL. REFORMA CONSTITUCIONAL. REGULACIÓN INFRACONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA

Action Failed Judicial Compensation. Constitutional Reform. Infra regulation and Jurisprudence

Francisco Zúñiga Urbina[1]
Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Chile y Universidad Diego Portales.
zdc@zdcabogados.cl

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

PALABRAS CLAVE: Error judicial, reforma constitucional, responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador, Jurisprudencia.

ABSTRACT: The article refers to the constitutional reform not born on patrimonial responsability of the judicial system, in the frame of the 2005´s Constitutional power, to what it adds an future analysis of the matter and new jurisprudence

KEYS WORDS: Judicial Error, Constitucional Reform, patrimonial responsability of the judicial system, Jurisprudence.

I. PRESENTACIÓN

En esta ocasión se nos invita a exponer brevemente acerca de la acción de indemnización por error judicial del artículo 19, Nº 7, letra i) de la Constitución (Constitución Política de la República o C.P.R.), y la reforma constitucional pendiente en la materia que abra la responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador y la adecue a la reforma proce-

[1] Artículo recibido el 15 de marzo de 2008 y aprobado el 30 de julio de 2008.

sal 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 normativo 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), por lo que huelga referirse a la doctrina y jurisprudencia en esta sede, limitándonos a destacar su déficit garantista, de lo cual es un botón de muestra la medio decena de sentencias estimatorias en este campo desde 1981.[2]

Sin perjuicio del desarrollo monográfico de este tema en la doctrina, es menester precisar sobre el error judicial nuestra jurisprudencia ha establecido ciertas orientaciones, a saber: primero, las expresiones que emplea la Corte Suprema para calificar una resolución como "injustificadamente errónea o arbitraria" son indicativas sobre el particular: i) "error inexplicable" (S.C.S., 10.1.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 11; S.C.S., 11.8.1989, G.J. Nº 110, p. 54; S.C.S., 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 146; S.C.S., 2.7.1993, G.J. Nº 157, p. 111; S.C.S., 27.6.1996, G.J. Nº 192, p. 95); ii) "resolución desprovista de toda medida que la hiciera comprensible" (S.C.S., 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5ª, 55); iii) resolución "falta de toda racionalidad" (S.C.S., 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 231; S.C.S., 22.1.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 5ª, 9); v) "error grave, exento de justificación (...) sin fundamento racional, inexplicable" (S.C.S., 29.1.1993, RDJ, t. XC. sec. 5ª, 20; S.C.S., 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 146; S.C.S., 17.11.1999, G.J. Nº 233, p. 77); vi) error "craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible" (S.C.S., 17.7.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 164; S.C.S., 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 272, publicada también en G.J. Nº 198, p.109; CS, 28.8.1998); vii) resolución adoptada "insensatamente" (S.C.S., 17.11.1999, G.J. Nº 233, p. 77; S.C.S., 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, publicada también en G.J. Nº 234, p. 119; S.C.S., 15.12.1999, G.J. Nº 234, 123; CS, 5.6.200, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, publicada también en G.J. Nº 240, p.164; S.C.S., 9.8.2000, G.J. Nº 242, p. 150; S.C.S., 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172, publicada también en G.J. Nº 250, p. 167; S.C.S., 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172; CS, 25.4.2001, G.J. Nº 250, p. 164); y viii) más aún cuando estas sentencias aluden al "capricho" judicial, sugiriendo incluso un comportamiento cercano al dolo (S.C.S., 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 93; S.C.S., 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 231; S.C.S., 20.6.1986, RDJ. T. LXXXIII, sec.

[2] Consultar a Hernández E., Domingo (1999): "Error Judicial: Ensayo de interpretación constitucional", *Revista Ius et Praxis* (año 5, Nº 1), pp. 461-472; Precht P., Jorge (2004): "Resolución injustificadamente errónea o arbitraria en la indemnización por error judicial", *Revista Estudios Constitucionales* (año 2, Nº 1) CECOCH, pp. 175-180; Garrido M., Mario (1999): "La indemnización por error judicial en Chile", *Revista Ius et Praxis* (año 5 Nº 1), pp. 473-478; Carocca P., Alex (1985): "La reparación de los errores judiciales", memoria de prueba, UCV, 346 pp., y (2002): "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'", *Revista Ius et Praxis,* Nº 2002, pp. 641-660. Del maestro Pereira A., Hugo (1993): *Curso de Derecho Procesal,* tomo I (Santiago, Edit. ConoSur), pp. 285-292.

5ª, 55; S.C.S., 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5ª, 20; CS, 27.6.1996, G.J. Nº 192, p. 95; S.C.S., 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5ª, 272, publicada también en G.J. Nº 198, p. 109; S.C.S., 17.11.1999, G.J. Nº 233, p. 77; S.C.S., 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 193, publicada también en G.J. Nº 234, p. 119; S.C.S., 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 134, publicada también en G.J. Nº 240, p. 164; S.C.S., 9.8.2000, G.J. Nº 242, p. 150; S.C.S., 23.9.2000. RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172, publicada también en G.J. Nº 250, p. 167; S.C.S., 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5ª, 172). Segundo, a partir de este reducido campo en que una resolución es "injustificadamente 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, reduciéndose las sentencias estimatorias a no más de cinco desde 1981 a la fecha (S.C.S. de 25 de julio de 1989, G.J. Nº 109, pp. 49-54, S.C.S. de 10 de junio de 1999, G.J. Nº 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 prisionera de una interpretación constitucional originalista con un recurso excesivo a una supuesta "historia fidedigna" contenida las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, lo que importa un yerro hermenéutico severo (S.C.S., 14.11.85, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 254; S.C.S. 25.07.89, RDJ., t. LXXXXVI, sec. 5ª,185; S.C., 05.12.90, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5ª, 184). Cuarto, el "error judicial", que es la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador en juicios criminales, es un tipo de responsabilidad distinta a 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, sólo comentaremos brevemente la reforma constitucional de 2005, promulgada mediante la Ley Nº 20.050 y el intento nonato de modificar el citado artículo 19 Nº 7 letra i) de la Constitución; y la lectura de statu quo que ha hecho nuestra jurisprudencia. Sin embargo, antes de abordar una 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 de esta exposición 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.

II. DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Responsabilidad es una expresión 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 éste y, especialmente, en la vida cotidiana de los individuos regulados por el ordenamiento jurídico.[3]

Etimológicamente la palabra responsabilidad proviene del latín "responsas" que quiere decir constituirse en garante. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua 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"* (19ª 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"* (art. 20 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 la misma, 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 al sujeto del responsable*, podemos clasificar la responsabilidad de la siguiente forma:

1. *Responsabilidad del Estado:* En nuestro medio, el principio de la responsabilidad estatal se encuentra enunciado en los artículos 6º, 7º, y 38 inciso 2º de la Constitución, sin perjuicio de las responsabilidades política, constitucional, civil, penal funcionaria y administrativa que empece a los servidores públicos (arts. 32 Nos 7º, 8º y 10º, art. 36, arts. 52 Nº 2 y 53 Nos 1 y 2, art. 60, art. 79 C.P.R., entre otras disposiciones); y, luego, en los artículos 4º y 42 del D.F.L. Nº 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2000, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LOCBGAE.

[3] En fecha reciente la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado dedicó su sección de doctrina administrativa al tema (2000): Año 1, Nº 2, Santiago. En una perspectiva distinta el trabajo del profesor MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Infracción al Principio de Igualdad y al Derecho de propiedad en el Derecho Público Chileno", en libro colectivo (2002): *Derecho de Daños* (Santiago, Editorial LexisNexis), pp. 171-201. Ídem del profesor de Derecho Administrativo SOTO, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales,* 2 vol. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), en especial vol. II, pp. 244 y ss. También de ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005): "Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador (Algunas Notas acerca de las Obligaciones Legales Compensatorias)", *Boletín de la Facultad de Derecho Nº 26,* UNED, Madrid, 2005, pp. 113-152. Una perspectiva general y puesta al día en el libro de SANHUEZA ACOSTA, RICARDO (2005): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador* (Santiago, Editorial LexisNexis).

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 D.F.L. Nº 1, Ministerio del Interior, de 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de Ley Nº 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, en adelante L.O.C. de Municipalidades, 4º y 42 de la LOCBGAE; como *la responsabilidad objetiva* estatal, regulada en, v. gr., Ley Nº 15.703, sobre perjuicios causados por fumigación y Ley Nº 18.302, sobre daños por accidente nuclear; así como fórmulas especiales de responsabilidad, tales como las denominadas "*obligaciones legales compensatorias*", reguladas en, v. gr., Ley Nº 18.617 y D.L. Nº 3.557, de 1981.

Cabe señalar en este punto que en el ámbito del *Derecho Público*, existe consenso en diferenciar entre "indemnización" y "resarcimiento", *"…siendo la primera 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, ciertas categorías de funcionarios están afectos a responsabilidad constitucional que se persigue a través del "impeachment" o acusación en juicio político, en los términos de los artículos 52 Nº 2 y 53 Nº 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 otro. 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 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" (art. 1º 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:

1. *Responsabilidad subjetiva o aquiliana:* Como sabemos, este sistema de responsabilidad se basa en la imputación, ya sea a título de culpa o dolo, del hecho que provoca perjuicio, al autor del mismo. 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.

2. *Responsabilidad objetiva:* A este sistema también se le 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 ésta 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 dentro del ejercicio de su actividad.

Al tratar este tema no se puede dejar de decir que el fundamento de la teoría del riesgo y el enriquecimiento injusto, es muy similar. Ambas teorías parten del supuesto 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 sólo 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: artículo 6º de la Ley Nº 15.703, sobre perjuicios causados por fumigación; artículo 49 de la Ley Nº 18.302, sobre daños por accidente nuclear; artículo 174 de la Ley Nº 18.290, sobre Tránsito; artículos 142, 155 y 172 inciso 1º 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 4º y 42 de la LOCBGAE; y de "las obligaciones legales compensatorias", de las cuales son claros ejemplos cuerpos legales tales como la Ley Nº 18.617, D.L. Nº 3.557, de 1981, y Ley Nº 18.755, sobre Servicio Agrícola y Ganadero.

Ahora bien, con respecto al tema específico materia de esta ponencia, tenemos que la tendencia actual del Derecho Comparado se orienta abiertamente en orden a *reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado tanto en el ámbito administrativo como en el judicial y legislativo, siendo la dificultad común la determinación y calificación del injusto.*

En efecto, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus potestades admite diversas manifestaciones concretas en nuestro derecho positivo, y 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 consubstanciales 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, parte integrante 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.[4]

Así, podemos sostener que el fundamento actual de la responsabilidad del Estado, ya se trate del Estado Legislador, Estado Juzgador o Estado Administrador, no es otro que el Estado de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. *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"*.[5] 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 éste, 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 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, responsabilida*d objetiva por *daño, y responsabilidad por falta de servicio; sin perjuicio de otras modalidades especiales como las "obligaciones legales compensatorias*".[6]

---

[4] JELLINEK, Georg (1970): *Teoría General del Estado* (Traducc. Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros), pp. 591 y ss., también de ZÚÑIGA U., Francisco (2005). *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (Santiago, Editorial LexisNexis).

[5] FERNÁNDEZ, Emilio (1981): *Diccionario de Derecho Público* (Buenos Aires, Editorial Astrea), p. 665.

[6] Para las opiniones del profesor PIERRY ARRAU, Pedro (2001) una visión general en: "Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX", en *Revista de Derecho CDE,* Nº 5, Santiago, pp. 29-61. Ídem

En efecto, como señaláramos, la responsabilidad patrimonial del Estado es una responsabilidad de Derecho Público, que admite muchas fórmulas concretas, pudiendo aplicarse, bajo determinadas condiciones, supletoriamente normas o reglas del Derecho Privado civil y mercantil.

La Carta Política, estando contestes en este punto con el profesor Pedro Pierry A., *enuncia generalmente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, estableciendo la plena justiciabilidad de los órganos estatales* administrativos (arts. 6º, 7º, 19 Nº 3 y 38 inciso 2º C.P.R.), 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, obligaciones legales compensatorias.*

Así, encontramos algunos cuerpos legales excepcionales que recogen la fórmula de la *responsabilidad objetiva:* Ley Nº 15.703, sobre perjuicios causados por fumigación y Ley Nº 18.302, 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 D.F.L. Nº 1, Ministerio del Interior, de 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de Ley Nº 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, 4º 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 6º y 7º 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.

III. 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 en los artículos 6º y 7º de la Constitución, y también del contenido tutelar de los derechos fundamentales, en especial del principio de igualdad y derecho de propie-

LETELIER W., Raúl (2002): "Un estudio de efectos en las características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado", en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Nº 6, Santiago, pp. 149-187.

dad. 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, que a partir de su falta de unidad en la Constitución, exige en relación a 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 sólo tratándose 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 "cuasi" confiscación, 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 de 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 inter partes o erga omnes (art. 93 Nos 6 y 7 C.P.R.). Una cuestión polémica es si declaración de inconstitucionalidad (inaplicabilidad o anulación, según sea el caso) por sus efectos temporales ex nunc importan 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 de 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 Nº 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 aquí la doctrina parece pronunciarse en el sentido de que la responsabilidad e indemnización correspondiente son de cargo del Estado sólo si ha mediado culpa o dolo del juez.

En nuestro país, la indemnización por error judicial, aunque consultada en el artículo 20 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 7º 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 de 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 a seguir 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 configurarán 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 Nº 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 (S.C.S., 30 de octubre de 1987, R. t. 84, sec. 5ª, p. 262; S.C.S. 11 de agosto de 1989, G.J. Nº 110, p. 54; S.C.S. 16 de agosto de 1989, G.J. Nº 110, p. 63).

Quien indemniza es el Estado-Fisco, sin perjuicio de que éste 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 sólo 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 nuestro ordenamiento jurídico encuentran desarrollo y regulación en la ley. En efecto, la Constitución recoge generalmente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, estableciendo, en sus artículos 6º, 7º y 38 inciso 2º, 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; es materia que se encuentra entregada a la legislación vigente específica, sin perjuicio de que un sector de la doctrina y jurisprudencia nacional sostienen que en términos cuantitativos, en la medida 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 expresamente establecido el sistema o fórmula de determinación de responsabilidad que 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 segundo del art. 19 C.P.R. al "derecho o legislación común" hace aplicable el sistema de responsabilidad extracontractual civil o aquiliana como regla general del sistema.

En efecto, como ya estableciéramos, encontramos algunos cuerpos legales excepcionales que recogen la fórmula de la responsabilidad objetiva: Ley Nº 15.703, sobre perjuicios causados por fumigación y Ley Nº 18.302, 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 D.F.L. Nº 1, Ministerio del Interior, de 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, en adelante L.O.C. de Municipalidades, 4º 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 jurisprudencia nacional, en orden a establecer que, a la luz de lo previsto en el artículo 38 inciso 2º de la Carta Política en relación con los artículos 4º, 21 y 42 de la LOCBGAE, rige con carácter de regla general el sistema de responsabilidad estatal "por falta de servicio"; sin perjuicio que la ley puede establecer

un sistema distinto de responsabilidad para la Administración del Estado; y sin perjuicio, además, que frente al silencio legal en la materia, deberán aplicarse supletoriamente las normas relativas a la responsabilidad subjetiva o aquiliana previstas 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; debiendo, en caso de silencio de ley, regir en forma supletoria el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado de origen contractual o de origen extracontractual, construida sobre la base de la culpa o dolo, factores determinantes del* ***carácter subjetivo*** *de este tipo de responsabilidad; y que se encuentra regida por las normas de Derecho común civil.*[7]

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUZGADOR: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL PENDIENTE

La reforma constitucional de 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 Nº 7 y otras disposiciones de la Constitución a la reforma procesal penal y de mejorar la protección de derechos fundamentales.[8]

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, comparando el citado artículo 19 Nº 7 letra i) de la Constitución con los artículos 10 y 8º.2 y 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Esa reformulación es necesaria y conveniente

[7] Sobre Responsabilidad del Estado Legislador una monografía reciente de Zúñiga U., Francisco (2005): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (Santiago, Editorial LexisNexis) y sobre responsabilidad del Estado Juzgador un artículo reciente del maestro Pereira A., Hugo (2003): "La responsabilidad el Estado por Error Judicial", *Gaceta Jurídica* Nº 275, pp. 7-15.

[8] Consultar de Pfeffer U., Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago), pp. 585-588. También consultar texto del Veto a dicha reforma constitucional, contenido en Mensaje Nº 174-353 de 16 de agosto de 2005, en disco compacto "Antecedentes sobre la Historia de la Tramitación de la Ley Nº 20.050 de reformas Constitucionales", preparado por secretario y prosecretario de la Cámara de Diputados . 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.

te 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 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 Nº 7º del artículo 19 de la Constitución Política de la República 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 2º de la Convención Americana sobre Derecho Humanos estipula que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º (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 éste 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, y que explica que esta enmienda se frustre. En la Cámara de Diputados en el segundo trámite de la reforma constitucional 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 quedando comprendidas todas la 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, sea a las hipótesis base, calificación del injusto (error judicial) o al 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 proponerse 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 solicitó en su Informe de 8 de julio de 2005 recaído en los boletines 2526 y 2534 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 conducen 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, sólo 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 5º de la ley Nº 19.640 establece lo siguiente:

"Artículo 5º. 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 ésta 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 de 17 de agosto de 2005 (en particular las opiniones críticas del diputado Jorge Burgos V. y del recientemente desaparecido diputado 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. indica:.. "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 mientas 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 sólo 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 5º de la Ley Nº 19.640) y más amplía que la derivada del "error judicial".[9]

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 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".[10]

V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECIENTE

Una reciente doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema sobre responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador es muy esclarecedora acerca de los alcances de la norma iusfundamental del literal i) del Nº 7 del artículo 19 de la Constitución, y problemas que plantea el nuevo proceso penal a la luz de la inadecuación parcial de esta norma iusfundamental a tal nuevo proceso y la mentada necesidad de Constitutione ferenda de reformar la Carta Política.

La reciente doctrina jurisprudencial se recoge en la sentencia recaída en caso "Margarita del Carmen Venegas Soto con Fisco de Chile" (Rol Nº 3815-2006, de 1º de julio de 2008), que fragmentariamente reproducimos, a propósito de las áreas temáticas que aborda:

1. *Hipótesis del "error judicial".* La norma iusfundamental del literal i) del Nº 7 del artículo 19 de la Constitución, dada su inadecuación parcial con la reforma procesal penal, queda circunscrita a la hipótesis de condena en cualquier instancia, habiéndose dictado con posterioridad sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria. Más aún en el nuevo proceso penal de corte más garantista no existe nada equivalente al auto de procesamiento y sus consecuencias para el imputado de responsabilidad penal.

A este respecto la sentencia citada consigna en sus fundamentos jurídicos lo siguiente:

> 2º Que para la aceptación de una demanda de esta naturaleza, en primer lugar, resulta necesario determinar si la resolución de que se trata puede ser objeto de la declaración que se pretende.

[9] Consultar Pfeffer U., Emilio (1997): *Ministerio Público. Antecedentes de la Reforma Constitucional* (Santiago, Editorial ConoSur). 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 Nº 2.152 de 21 de julio de 1999.

[10] Consultar a Fernández G., Miguel Ángel (2006): *La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución*, Editorial LexisNexis, Santiago, p. 271.

Al efecto, ha de destacarse que el abogado compareciente requiere, en la representación que inviste, la declaración de error injustificado o la existencia de arbitrariedad, respecto de la decisión del Juzgado de Garantía de Chillán que dispuso en contra de su representada la medida cautelar de prisión preventiva.

Antes de analizar si existía o no mérito para ella, es necesario destacar que la norma constitucional transcrita en el primer fundamento de este fallo, autoriza este procedimiento sólo respecto de quien ha sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia, por resolución que esta Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria.

Sobre este particular, cabe hacer presente que en el actual Código Procesal Penal, por el cual se rigió la situación en estudio, no existe la antigua resolución por medio de la cual se sometía a proceso a un inculpado, de manera que esta etapa queda excluida como base de sustentación de una acción indemnizatoria. En consecuencia, sólo sería procedente reclamar el derecho a ser indemnizado, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, respecto de quien hubiere sido condenado en cualquier instancia por sentencia que posteriormente la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria.

Tal conclusión se refuerza, además, con la discusión parlamentaria verificada con motivo de la última modificación de la Carta Fundamental. En ella y con el objetivo de adecuar el precepto en análisis al nuevo sistema procesal penal, se propuso en la Cámara de Diputados sustituir la frase el que hubiere sido sometido a proceso por: Tal conclusión se refuerza, además, con la discusión parlamentaria verificada con motivo de la última modificación de la Carta Fundamental. En ella y con el objetivo de adecuar el precepto en análisis al nuevo sistema procesal penal, se propuso en la Cámara de Diputados sustituir la frase el que hubiere sido sometido a proceso por: *el que hubiere sido privado de libertad, acusado*, lo que revela ánimo de apertura en la disposición constitucional, en la dirección de quien ahora comparece, la que, a no dudarlo, no se extiende ahora al privado de libertad. El Diputado señor Burgos, por su parte, propuso reemplazar toda la norma, por la siguiente: 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 a la sana crítica. En tanto los Diputados señores Guzmán y Longton, sugirieron suprimir la expresión injustificadamente.

El veto presidencial posterior propuso reemplazar la expresión sometido a proceso por acusado, pero este cambio, en definitiva, no logró el quórum de aprobación entendiéndose rechazado.

No prosperó, en consecuencia, la alternativa de hacer procedente la indemnización para el caso de ordenarse una prisión preventiva.

3º Que, finalmente, es útil considerar que aun cuando la prisión preventiva era una consecuencia posible del auto de procesamiento, en el antiguo sistema penal inquisitorial, la presunción de inocencia de una persona quedaba más debilitada por el imperio de aquella resolución, porque se procedía de inmediato a

filiar a esa persona, quien debía ser remitida al Servicio de Registro Civil e Identificación a confeccionar o completar su prontuario, con lo cual esa resolución (el auto de procesamiento) –que era eminentemente provisoria– quedaba registrada, sin embargo, en un documento de carácter público, fuera éste su extracto de filiación o su certificado de antecedentes, trámite que constituía para el afectado un gravamen mayor.

En cambio, en el actual sistema procesal penal, de corte más garantista, la formalización es una instancia ante el juez de garantía, para poner en conocimiento de la persona respecto de quien se dirige una investigación, la existencia de aquélla y la posibilidad de la intervención de un defensor, pero que en ningún caso altera el peso de la prueba, que era lo que significaba, por regla general, un auto de procesamiento.

2. *Alcance del "error judicial".* El "error judicial" sigue siendo definido conforme a altos estándares o estándares prácticamente imposibles de verificarse, por lo que la reciente jurisprudencia no innova en la materia. Más aún se asocia esta acepción muy restrictiva del concepto "error judicial" al carácter más garantista del nuevo proceso penal y a las garantías que revisten la actividad investigativa y persecutora de la responsabilidad por el Ministerio Público.

Al respecto es ilustrativo reproducir los fundamentos jurídicos de la sentencia acerca del concepto "error judicial":

6º Que aunque las razones expuestas son suficientes para rechazar la solicitud de fs. 261, es posible aún, agregar consideraciones de fondo, para arribar a la misma decisión, si se tiene presente que ni aún en el caso que la declaración pedida fuera procedente respecto de la prolongación errada de una prisión preventiva, podría ser pertinente declarar la existencia de un error de esa entidad o su arbitrariedad.

En efecto, para ello resulta primordial que dicha resolución sea injustificadamente errónea, de suerte tal que no es suficiente con que haya sido errónea, o sea, equivocada, inexacta, desacertada o continente de un juicio falso, sino que es indispensable que sea injustificada. Esta exigencia tiene tal dimensión porque la exige la actividad de juzgar, como lo es también cualquiera otra realizada por el ser humano, ya que está expuesta a incurrir en equivocaciones o desaciertos, los cuales son explicables precisamente a causa de las limitaciones inherentes a la naturaleza del hombre, de cuyas virtudes y defectos participan, como es obvio, los jueces.

7º Que es útil precisar cuándo puede estimarse que un error en que se ha incurrido en una sentencia, resulta ser injustificado. En este caso, el diccionario se limita a decir que injustificado es lo no justificado (Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición), por lo que se debe delimitar lo que ha de entenderse por justificado. Arroja un poco de luz sobre este punto el significado que se da al antónimo, al expresar que es lo conforme a justicia y razón; a su turno, explica que justificación, en su tercera acepción, es la prueba convincente de una cosa, agregando luego en el mismo sentido que justificaren su segunda significación, supone probar una

cosa con razones convincentes, testigos o documentos. De lo expuesto, puede deducirse que una resolución o sentencia es injustificadamente errónea, cuando los razonamientos que la conducen al resultado inexacto no convencen (no son convincentes), cuando no son susceptibles de una explicación razonable (racional) cuando, en fin, son contrarios a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos más difundidos sobre la materia respecto a la cual versa.

8º Que es importante para percibir con claridad cada situación, que en el actual sistema procesal, a diferencia del anterior, el Ministerio Público es el encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley. Los fiscales ejercen y sustentan la acción penal pública en la forma señalada por la ley y con ese propósito practican todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigen la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En este orden de ideas, formalizada una persona por un delito, es el Ministerio Público quien presenta, agrega e invoca los antecedentes pertinentes y existentes en su carpeta de investigación. En este orden de ideas, formalizada una persona por un delito, es el Ministerio Público quien presenta, agrega e invoca los antecedentes pertinentes y existentes en su carpeta de investigación que, en su concepto, hagan procedente decretar, mantener o revocar una medida cautelar de prisión preventiva. Por su parte, a la defensa corresponde poner en evidencia aquellos antecedentes que hagan desaconsejable o innecesaria la medida requerida o pedir otra que satisfaga las necesidades de que se trata.

Al juez de Garantía corresponde, por su parte, hacer una valoración de aquellos antecedentes que han sido aportados por ambas partes y que le permiten adoptar una decisión sobre la pertinencia de decretar, mantener o revocar tal o cual medida cautelar.

11º Que cabe agregar que de acuerdo a lo expresado por la Comisión Constituyente en la sesión 119, el error judicial debe ser manifiesto, craso, que es el que no admite excusa ni razón para explicarlo y, por su parte, la arbitrariedad corresponde a un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes y dictado por la sola voluntad o el capricho.

12º Que valga agregar en esta parte, que la disposición constitucional que se analiza no contempla como únicos requisitos, el haber sido una persona procesada o condenada y luego sobreseída o absuelta, sino que se exige que alguna de aquéllas dos primeras decisiones sea *injustificadamente errónea o bien, arbitraria* y ello es evidente, porque el auto de procesamiento es esencialmente revocable, lo que hace de su esencia la posibilidad de dejarlo sin efecto con nuevos antecedentes; y el derecho al recurso, cualquiera que sea el promovido, tiene por objeto propio, la enmienda de la decisión impugnada, lo que puede verificarse por una distinta ponderación de los antecedentes de hecho, o bien, por una diferente interpretación del derecho, sea en la calificación de los hechos establecidos o en sus circunstancias.

Estas modificaciones posteriores no implican necesariamente, como algunos han querido entender, que los jueces hayan errado o hayan actuado con desidia o con falta de cuidado.

En el proceso, que constituye una serie de actos encadenados, intervienen distintos actores y tanto sobre el juez como sobre las partes, sea fiscal, defensa o querellante, pesa la obligación de contribuir de mejor manera al esclarecimiento de los hechos que se investigan y juzgan. Tanto peor en el sistema antiguo, donde existió siempre la crítica a la doble tarea que debía cumplir el juez, como ahora, mejor, donde se alivia la tarea con dos entes autónomos y separados donde el margen de error se ha reducido, precisamente por la intervención de mayores sujetos al alero de un procedimiento más garantista que el anterior, pero donde los seres humanos siguen siendo la base que sustenta la estructura, no exenta por lo tanto de la posibilidad de error, por su simple naturaleza humana, cuya responsabilidad ha de asumir el Estado, cuando tal error supera los límites de aquello que es razonable, o como reza la Carta Fundamental, injustificadamente erróneo o arbitrario.

3. *Derecho a ser indemnizado.* Este derecho surge como consecuencia necesaria de una única hipótesis: haberse dictado sentencia condenatoria, lo que no se produce en la especie, por lo que la sentencia consigna:

5º Que en la situación en estudio no se ha dictado sentencia condenatoria sino, por el contrario, tal como lo reconoce el compareciente, el fallo fue absolutorio, razón por la cual, no se ha verificado ninguno de los dos supuestos en los que el Constituyente previó la posibilidad de pronunciar la declaración de existir un error injustificado o la existencia de una resolución arbitraria.

VI. CONCLUSIONES

En el marco de la reforma constitucional de 2005, la enmienda nonata introducida en el veto Nº 4 antes citado resultaba inadecuada, ya que confundía la responsabilidad patrimonial del Ministerio Público (Fisco de Chile) prevista en la ley orgánica constitucional (artículo 5º de la Ley Nº 19.640) con la responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador (artículo 19 Nº 7,letra i), teniendo cada tipo de responsabilidad 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 5º 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 pudiere 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 Fiscal Nacional y 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 de la letra i) del Nº 7 del artículo 19 de la Constitución, cuando dicte resoluciones (hoy sólo la sentencia de condena) que causan daño y cuando fueren "injustificadamente erróneas o arbitrarias", calificación del injusto 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 (S.C.S. de 10 de enero de 1984, G.J. Nº 43, p. 38). Sin embargo, una definición jurisprudencial restrictiva y poco garantista no nos parece adecuada, aunque ésta se asile, prisionera del originalismo, en una contradictoria fórmula del literal i) del Nº 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, haciendo 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 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 (S.C.S. de 25 de julio de 1989, G.J. Nº 109, pp. 49-54 y S.C.S. de 17 de noviembre de 1999, G.J. Nº 233, pp. 77-80).

En este contexto surge la necesidad de Constitutione ferenda de reformar la Carta en el literal i) del Nº 7, artículo 19, para adecuarlo a estándares garantistas universales como el artículo 5.5 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del 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 la perspectiva de "quebrar el hielo" se sitúa la disidencia de la sentencia comentada en el texto del abogado integrante de la Corte Suprema, el administrativista Domingo Hernández E., pero que a nuestro juicio resulta un pie forzado asilado en la doctrina del "bloque constitucional de derechos" y retorna contradictoriamente (al carecer la Corte Suprema de competencia) a exigir la calificación del injusto a la Corte Suprema, pero circunscrita a determinar la ilegalidad de la detención o prisión preventiva; ilegalidad que abre la puerta además a la responsabilidad penal de funcionarios públicos involucrados, sede en la que se puede perseguir también la responsabilidad civil derivada del ilícito penal. La disidencia consigna los argumentos siguientes:

1. Que si bien el texto del artículo 19, N° 7°, letra i) de la Carta Fundamental descarta la posibilidad de extender la reparación del error judicial a otras hipótesis que el procesamiento o la condena injustificadamente erróneos o arbitrarios en sede penal quedando por tanto excluidas medidas de cautela personal como la citación o la detención es lo cierto que la enumeración de los derechos constitucionales no se agota en la mención que hace ese precepto. En efecto, el bloque constitucional de derechos se completa, en nuestro ordenamiento, con aquéllos que se encuentran garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, según la remisión que formula el inciso 2° del artículo 5° de la señalada Carta, alcance que torna obligatorio recurrir a la consulta del derecho convencional de los tratados a fin de indagar si sus normas complementan o amplían la esfera de protección constitucional.

2. Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por Decreto Supremo N° 778 (Relaciones Exteriores), de 30 de noviembre de 1976 y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, dispone, en su artículo 10.5, que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. Esta disposición, naturalmente, importa un compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar tal derecho, así como una opción de toda persona para interponer un recurso efectivo en caso de violación del mismo, conforme a lo que prescribe el artículo 2 del mismo instrumento internacional.

Por su parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos provee un sistema peculiar de interpretación de sus disposiciones, dentro del cual se insertan los principios de buena fe y, por su parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos provee un sistema peculiar de interpretación de sus disposiciones, dentro del cual se insertan los principios de buena fe y del sentido finalista de sus mandatos. Conforme a ellos, un tratado debe interpretarse de buena fe según el sentido que haya de atribuirse a sus términos, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, según lo ordena el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no siendo permitido a los Estados suscriptores incumplir un acuerdo de esta naturaleza invocando para ello su derecho interno, como también lo prescribe el artículo 27 de la citada Convención.

En este escenario, ninguna disposición propia del derecho interno nacional podría desconocer o restringir en su esencia el derecho efectivo que el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confiere a todas las personas, en el supuesto allí designado, para obtener reparación por las secuelas dañosas anejas a su detención o prisión ilegal.

5. Que, con el mérito del razonamiento que antecede, no parece discutible colegir que, en clave teórica, toda persona ilegalmente detenida o presa tiene derecho a ser indemnizada por los daños, materiales o inmateriales, que haya experimentado con ocasión de la ilegalidad cometida en la detención o prisión libradas en su contra.

Encontrándose tratado en los párrafos 3° y 4° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal (artículos 125 a 138 y 139 a 153) los presupuestos, requisitos,

límites e hipótesis en que procede o no procede cada una de estas cautelares, la infracción de cualesquiera de esos preceptos autorizará al afectado para reclamar la pertinente reparación, previo sometimiento del caso a la consideración de esta Corte, que es la llamada a decidir si el juez respectivo incurrió o no en la contravención legal que se le imputa, pero sin entrar al análisis de si la resolución atacada es o no injustificadamente errónea o arbitraria.

Para arribar a tal conclusión es menester recordar que la norma convencional de derecho internacional habilita para requerir reparación efectiva por las detenciones u órdenes de prisión preventiva que se expidan contra un imputado, con tal que sean ilegales, condición que es menos exigente que el error injustificado o la arbitrariedad, cuya existencia debe constatar la Corte como presupuesto para la posterior determinación. Para arribar a tal conclusión es menester recordar que la norma convencional de derecho internacional habilita para requerir reparación efectiva por las detenciones u órdenes de prisión preventiva que se expidan contra un imputado, con tal que sean ilegales, condición que es menos exigente que el error injustificado o la arbitrariedad, cuya existencia debe constatar la Corte como presupuesto para la posterior determinación, en juicio sumario, de la especie y monto de los perjuicios que se persigan, dentro del mecanismo y en las hipótesis previstas en la Constitución.

Correlacionando la disposición constitucional con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de manera que entre ellos exista la debida correspondencia y armonía, parece razonable exigir la intervención de este máximo tribunal a fin de sujetar al mismo mecanismo común a todos los eventos de error judicial presunto tanto los contemplados en el artículo 19, N° 7°, letra i) como aquéllos previstos en el derecho internacional y, particularmente, en el artículo 9.5 del tratado internacional antes citado, ya que esta modalidad procesal no tiene por qué afectar la esencia del derecho a obtener reparación efectiva que el instrumento internacional referido asegura.

Empero, exigir que, además, la orden de detención o prisión preventiva ilegal sea injustificadamente errónea o arbitraria para justificar la procedencia de la acción constitucional, importaría adicionar un requisito sustantivo que el derecho internacional no postula, debiendo pues centrarse el examen en la sola circunstancia de la ilegalidad.

Asimismo la disidencia citada hace “tabula rasa” de los estándares y controles de juridicidad que el Código Procesal Penal fija para las medidas cautelares personales de detención y prisión preventiva asentadas en los principios de presunción de inocencia y de legalidad (artículos 4º y 5º del Código Procesal Penal), y de los mecanismos de represión de la antijuridicidad e impeditivos de lesiones de naturaleza patrimonial y moral, como son el amparo ante el juez de garantía (artículo 95 del Código Procesal Penal) y el hábeas o amparo (artículo 21 de la Constitución).

En esta misma perspectiva de “quebrar el hielo” 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,[11] a saber:

a) Circunscribir la acción de indemnización por error judicial del literal i) del Nº 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 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 5º de la Ley Nº 19.640, 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.

e) 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1988.

Esta propuesta de Constitutione y lege 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 sólo en sus derechos

[11] RAMOS, Francisco (1986): *Derecho Procesal Civil* (Barcelona, Editorial Librería Bosch), 3ª ed., 2 tomos, Tomo I, pp. 141-145. También consultar de MONTERO AROCA, Juan, y ORTELLS RAMOS, Manuel (1987): *Derecho Jurisdiccional* (Barcelona, Editorial Librería Bosch), 2 tomos, Tomo I, pp. 131-135, pp. 214-216.

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 Nº 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 seguridad individual, derecho al honor, derecho de propiedad, entre otros), configurándose 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 y lege ferenda propuesta 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 1º, 4º, 5º, 6º y 7º, 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 de 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 homine, 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 2º del artículo 5º de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

CAROCCA P., Alex:

—(1985): "La reparación de los errores judiciales", *memoria de prueba*, Valparaíso, UCV, 346 pp.

—(2002): "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'", *Revista Ius et Praxis,* pp. 641-660.

FERNÁNDEZ, Emilio (1981): *Diccionario de Derecho Público* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

FERNÁNDEZ G., Miguel Ángel (2006): *La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución,* Editorial LexisNexis, Santiago.

GARRIDO M., Mario (1999): "La indemnización por error judicial en Chile", *Revista Ius et Praxis* (año 5 Nº 1), pp. 473-478.

HERNÁNDEZ E., Domingo (1999): "Error Judicial: Ensayo de interpretación constitucional", *Revista Ius et Praxis* (año 5, Nº 1), pp. 461-472.

JELLINEK, Georg (1970): *Teoría General del Estado* (Traducc. Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Edit. Albatros).

LETELIER W., Raúl (2002): "Un estudio de efectos en las características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado", en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Nº 6, Santiago, pp. 149-187.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2002): "La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Infracción al Principio de Igualdad y al Derecho de Propiedad en el Derecho Público Chileno", en libro colectivo VV.AA. *Derecho de Daños* (Santiago, Editorial LexisNexis), pp. 171-201.

MONTERO AROCA, Juan (1987): *Derecho Jurisdiccional,* 2 tomos (Barcelona, Editorial Librería Bosch).

ORTELLS RAMOS, Manuel (1987): *Derecho Jurisdiccional*, 2 tomos (Barcelona, Editorial Librería Bosch).

PEREIRA A., Hugo:

—(1993): *Curso de Derecho Procesal*, tomo I (Santiago, Edit. ConoSur).

—(2003): "La responsabilidad del Estado por Error Judicial", *Gaceta Jurídica* Nº 275, pp. 7-15.

PFEFFER U., Emilio:

—(2005): "*Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes"* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 585-588.

—(1997): *Ministerio Público. Antecedentes de la Reforma Constitucional* (Santiago, Editorial ConoSur).

PIERRY ARRAU, Pedro (2001): "Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX", en *Revista de Derecho CDE*, Nº 5, Santiago, pp. 29-61.

PRECHT P., Jorge (2004): "Resolución injustificadamente errónea o arbitraria en la indemnización por error judicial", *Revista Estudios Constitucionales* (año 2, Nº 1) CECOCH, pp. 175-180.

RAMOS, Francisco (1986): *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 3ª ed., 2 tomos (Barcelona, Editorial Librería Bosch).

SANHUEZA ACOSTA, Ricardo (2005): "*Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador"* (Santiago, Editorial LexisNexis).

SOTO K., Eduardo (1996): *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, 2 vol., en especial vol. II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ZÚÑIGA URBINA, Francisco:

—(2005): "Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador (Algunas Notas acerca de las Obligaciones Legales Compensatorias)", *Boletín de la Facultad de Derecho* Nº 26, UNED, Madrid, pp. 113-152.

—(2005): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (Santiago, Editorial LexisNexis).

Documentos:

- Consultar texto del Veto a dicha reforma constitucional, contenido en Mensaje Nº 174-353 de 16 de agosto de 2005, en disco compacto "Antecedentes sobre la Historia de la Tramitación de la Ley Nº 20.050 de reformas Constitucionales".
- 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 Nº 2.152 de 21 de julio de 1999.