

Nataly Díaz Leiva y Pamela Muñoz Olivares\*

Abogadas

Santiago, Chile

*ndiazl.d@gmail.com; pamela.munoz.o@gmail.com.*

# La responsabilidad del Estado-Juez: Buenas razones para proponer una acepción amplia de error judicial en Chile\*\*

*The responsibility of the State-Judge: Good reasons to propose a broad definition of judicial error in Chile*

## Resumen

Tras una revisión de la regulación y evolución de la responsabilidad del Estado-Juez en Chile, existen buenas razones para proponer una acepción amplia del concepto de error judicial. Por un lado, desde la perspectiva del inocentrismo, las causas de la condena a las personas inocentes sugieren poner atención en las falencias del proceso penal. Por otro, el modelo de seguridad ciudadana alerta sobre su impacto en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Finalmente, se expone una nueva propuesta de la acción de indemnización por error judicial.

## Palabras clave

Error Judicial - Reforma Procesal Penal - Seguridad Ciudadana.

*\*Abogadas,  
Universidad de  
Chile. Actualmente,  
ambas trabajan  
en el Ministerio de  
Economía, Fomento  
y Turismo.*

*\*\*Artículo recibido el 30 de octubre de 2015 y aceptado con modificaciones para su publicación el 25 de enero de 2016.*

## Abstract

After a review of the regulation and evolution of responsibility State-Judge in Chile, there are good reasons for proposing a broad definition of the concept of judicial error. On the one hand, from the perspective of inocentrismo, the causes of condemning innocent people suggests paying attention to the shortcomings of the criminal proceedings. Furthermore, a model citizen safety becomes alert about its impact on the functioning of the Administration of Justice. Finally, a new proposal for an action for damages for judicial error is exposed.

## Keywords

Judicial Error - Criminal Procedure Reform - Citizen Safety.

*“Nadie puede quedar indiferente ante condenas injustas o erróneas. Sería un acto de impasividad injustificable aceptar que la libertad y su escudo, la presunción de inocencia, se desvanecen irremediabilmente ante la certeza de la sentencia”<sup>1</sup>.*

## I. Introducción: La responsabilidad del Estado-Juez. Evolución y fundamento.

La aceptación de la responsabilidad del Estado-Juez ha sido consecuencia de una paulatina evolución del principio general de responsabilidad del Estado. Su reconocimiento tuvo que superar los clásicos obstáculos que tempranamente impidieron su configuración: *La res iudicata*, *the King can do no wrong*, y el juez como la mera *bouche que prononce les paroles de la loi*. En su evolución, es posible identificar tres etapas: En la primera, no existía ningún tipo de indemnización para quien era sujeto pasivo de un error judicial; por tanto, los daños causados por el error debían ser soportados por la víctima. En la segunda, se reconoció responsabilidad personal en casos de actos ilegales o arbitrarios cometidos por un funcionario público en el ejercicio del poder judicial. Y en la tercera, quien es víctima de un error judicial, dispone de una acción directa contra el Estado a fin de reclamar una indemnización de los perjuicios causados por sus agentes. No obstante, y pese a su reconocimiento, tanto la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, difieren en las condiciones bajo las cuales resulta admisible esta responsabilidad. En efecto, a lo largo de su evolución, distintas teorías<sup>2</sup> han intentado justificar la existencia de una acción resarcitoria

<sup>1</sup> MARDONES (2011), p. 45.

<sup>2</sup> Dentro de las teorías se destacan: (1) Relación contractual; (2) Obligación cuasicontractual; (3) Culpa extracontractual; (4) Riesgo profesional; (5) Sacrificio especial; (6) Obligación moral; (7) Equidad; (8) Asistencia social; (9) Los principios del Estado de Derecho; y (10) Reparación como restitución. MAIORANO et al. (2008), pp. 423-424.

de los perjuicios derivados del error judicial. En la tradición anglosajona, la inmunidad jurisdiccional era una premisa indiscutida, arraigada en el principio de independencia judicial; y, en la tradición continental, además de la inmunidad jurisdiccional, el velo de la cosa juzgada impedía reconocer la existencia de un error judicial. Tenuemente, y solo supeditado a la concesión de un recurso de revisión, fue posible encontrar los primeros atisbos en el reconocimiento del error judicial. Posteriormente, la evolución en la tradición continental posibilitó la escisión de dos tipos de errores: (a) *Errores in iudicando* (en la dictación de las sentencias), y (b) *Errores in procedendo* (durante la sustanciación del proceso). La distinción precedente permitió el surgimiento de dos concepciones del error judicial: restringida y amplia, respectivamente. En definitiva, más allá de los matices que permitieron configurar la responsabilidad del Estado-Juez, tanto en su evolución como en el fundamento, de lo que se trataba era de buscar una “compatibilidad entre la seguridad jurídica, en tanto valor que persigue todo ordenamiento legal como elemento pacificador, y la posibilidad de resarcir a los perjudicados por aquellas conductas que en el plano judicial se han desarrollado en forma irregular”<sup>3</sup>. En lo sucesivo, el presente artículo expondrá las razones que justifican proponer una acepción amplia de error judicial en Chile.

## II. La responsabilidad del Estado-Juez en Chile.

Los primeros antecedentes de la responsabilidad de los jueces en Chile se remontan a la Constitución Política de 1833. En ella, se reguló la responsabilidad personal de los jueces<sup>4</sup>. Sin embargo, la norma constitucional que reconocía esta responsabilidad solo tuvo aplicación práctica en el año 1875, con la dictación del Código Orgánico de Tribunales, que reguló la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. Pero no fue sino hasta la dictación de la Constitución Política de 1925 que se reconoció por primera vez en Chile la responsabilidad del Estado-Juez, influido por la trascendencia internacional que causó el *caso Dreyfus*<sup>5</sup>. El artículo 20 de esta Constitución prescribía: “Todo individuo a favor de quien se declare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente”. Sin embargo, conocido es el hecho que esta norma se transformó en una disposición meramente programática, puesto que no tuvo aplicación práctica debido a que se entregó a una ley la determinación de las condiciones bajo las cuales procedía la indemnización por error judicial, la cual jamás fue dictada.

Fue en la Constitución Política de 1980 que se reguló de modo autosuficiente la responsabilidad del Estado-Juez. El artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental señala:

<sup>3</sup> USLENGUI (2007), p. 178.

<sup>4</sup> Artículo 111 de la Constitución Política de Chile de 1833: “Los jueces son personalmente responsables por los crímenes de cohecho, falta de observancia de las leyes que regulan el proceso y en general toda prevaricación o torcida administración de justicia. La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.

<sup>5</sup> GAZMURI (1994), pp. 19-21.

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente 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 procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”. Del precepto constitucional referido previamente es posible afirmar que la responsabilidad del Estado-Juez en Chile se caracteriza por: (a) Tener rango constitucional; (b) Ser diferente de la responsabilidad personal del juez (común, disciplinaria, política y ministerial); (c) Operar exclusivamente en el ámbito penal; (d) Reconocerse en casos de condena o sometimiento a proceso; (e) Exigir sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria; (f) Requerir una declaración de la Corte Suprema que señale que el sometimiento a proceso o la condena fueron injustificadamente erróneos o arbitrarios; (g) Ser independiente del recurso de revisión; y (h) No contemplar derecho a repetición contra el juez.

Sin embargo, desde el reconocimiento del error judicial en la Constitución Política de 1925 a la actualidad, en solo 5 casos<sup>6</sup> la Corte Suprema se ha pronunciado favorablemente en la declaración del error judicial. En los restantes, el Máximo Tribunal se ha pronunciado rechazando la indemnización por error judicial, indicando que un error es injustificado cuando es inexplicable, carente de motivación o fundamento, por incumplimiento de un deber, por falta de un análisis acucioso y detenido de los antecedentes, y cuando no convence y es contrario a la lógica. En cambio, un error es arbitrario cuando es contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, solo obedece a la voluntad o al capricho, o es absolutamente antojadizo<sup>7</sup>. En nuestra opinión, la interpretación restrictiva del Máximo Tribunal respecto del error judicial ha impedido que nuestro ordenamiento jurídico consagre una auténtica responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, que permita resarcir efectivamente los daños ocasionados a los particulares en el ejercicio de la función judicial.

### III. La influencia de la Reforma Procesal Penal, ¿Una necesidad de reformar la responsabilidad del Estado-Juez en Chile?

La entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en Chile en el año 2000, tornó manifiesta la necesidad de reivindicar una nueva redacción del artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental. Lo anterior, principalmente debido a la dificultad de interpretar la expresión “sometido a proceso” en el contexto de los nuevos conceptos introducidos con la Reforma. En efecto, en el Antiguo Sistema Procesal Penal, la expresión equivalía

<sup>6</sup> Salinas Gómez con Fisco (1985); Araya Molina con Fisco (1989); Vegas Rojas con Fisco (1990); Márquez Fuentes con Fisco (1999); Yáñez Pavez con Fisco (2011).

<sup>7</sup> Con base en la distinción entre error judicial y error arbitrario, en la jurisprudencia de la Corte Suprema es posible encontrar diferentes criterios que se han utilizado para no dar lugar a la indemnización por error judicial, entre ellos, (a) la gradualidad; (b) la ponderación; (c) la existencia de antecedentes; (d) el hecho que el fallo haya sido confirmado en varias instancias por tribunales superiores; (e) la existencia de requisitos diferentes para procesar y condenar; (f) y el cambio de los antecedentes que se tuvieron a la vista.

al denominado “auto de procesamiento”, que tenía lugar después de que el juez interrogaba al inculcado y decidía si procedía o no encargarlo reo, cuando de los antecedentes aparecía justificada la existencia del delito y presunciones fundadas de que el inculcado había tenido una participación culpable en el delito como autor, cómplice o encubridor. Sin embargo, con la Reforma se elimina el auto de procesamiento y, con ello, la expresión “sometido a proceso” deja de tener aplicación práctica en la regulación de la acción de indemnización por error judicial. Frente a dicho escenario, tras la Reforma se ha intentado buscar un símil al sometimiento a proceso en las nuevas etapas del proceso penal; entre ellos, destacan la formalización de la investigación y la acusación. Sin embargo, ambas son actuaciones propias de un ente administrativo como es el Ministerio Público (y no de los jueces) que tiene su propia responsabilidad según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N° 19.640. Más aún, aceptar la equivalencia con la formalización de la investigación, implicaría aceptar que existe la posibilidad de determinar responsabilidad del Estado-Juez en un momento procesal en que no existe privación de libertad. En efecto, la formalización de la investigación “es una actuación efectuada por el Ministerio Público (...), pero no equivale al antiguo auto de procesamiento, pues emana de un ente administrativo y tiene una finalidad esencialmente garantista, cual es poner en conocimiento del imputado los hechos que se le atribuyen y la calificación jurídica que de ellos hace el fiscal (...)”<sup>8</sup>.

Considerando lo expuesto previamente, si el objetivo es buscar un equivalente a la expresión “sometido a proceso” luego de la entrada en vigencia de la Reforma –a fin de evitar una interpretación conforme a la cual resulta inaplicable la expresión–, planteamos que, en la práctica, el equivalente es la prisión preventiva, puesto que sus efectos son similares a la encargatoria de reo del antiguo Sistema Procesal Penal, en particular, el adelantamiento de los efectos punitivos de la pena.

A mayor abundamiento, la necesidad de modificar el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política, luego de la entrada en vigencia de la Reforma, es también motivada por lo dispuesto en el artículo 478 del Código Procesal Penal, que establece la posibilidad que la Corte Suprema se pronuncie sobre la procedencia de la indemnización por error judicial con ocasión de un recurso de revisión. A este respecto, es pertinente destacar la nueva causal del recurso de revisión establecida en el artículo 473 letra e) del Código Procesal Penal, según la cual la Corte Suprema podrá revisar extraordinariamente una sentencia firme “cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme”, hipótesis en la cual sostenemos que el Máximo Tribunal se vería obligado a pronunciarse favorablemente respecto de la acción de indemnización por error judicial, puesto que sería incomprensible que la Corte Suprema desconociera la existencia de una equivocación injustificadamente errónea o arbitraria en los casos de prevaricación o cohecho del juez, por la naturaleza propia de estos delitos. Por ello, es posible advertir que la Reforma habría introducido una nueva causal de responsabilidad del Estado-Juez.

<sup>8</sup> Cueto Sandoval con Fisco (2008).

#### IV. El impacto de la seguridad ciudadana en la función judicial: ¿Institucionalización de la inseguridad?

Ante la pregunta si es posible construir en Chile una indemnización por error judicial basada en una acepción amplia del mismo, subyace analizar tres tipos de consideraciones en materia de política criminal: políticas, económicas y de justicia.

##### 1. Las políticas.

Es la política securitaria, enraizada en un profundo fenómeno de inseguridad individual y social, proveniente de lo que se conoce como la sociedad del riesgo, esto es, la percepción de un incremento de los riesgos para el individuo, lo que provoca una complejización de la sociedad en dos sentidos; por una parte, se tecnifica, y, por la otra, se multiculturaliza, lo que genera que el individuo muchas veces no comprenda el mundo en que está inserto. Se puede apreciar que “la ideología de la inseguridad ciudadana es en gran medida una liviana cortina que vela un conjunto de malestares sociales que se han asentado firmemente entre la población en los últimos años. La relevancia otorgada a la delincuencia y a su control oculta, mediante una sencilla explicación, fenómenos sociales de mayor fuste y complejidad”<sup>9</sup>.

Es aquí donde la criminalidad se convierte en uno de los factores catalizadores de esa inseguridad y se constituye como un subproducto de esta sociedad. Y si bien el autor de la noción de sociedad del riesgo –Beck– no aplicó esta expresión al fenómeno delictivo, detrás de la actual política criminal, basada en una profunda percepción social de inseguridad, existe este fenómeno sociológico en donde “ya no son la marginación o exclusión sociales, ni siquiera las instituciones de integración y control sociales las que crean delincuencia, sino que la delincuencia surge por defecto, es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último”<sup>10</sup>.

Es en este contexto en el que actualmente se desenvuelve el proceso penal, donde el modelo penal garantista o liberal ha sido ampliamente superado por la realidad, conformada básicamente por “las novedades legislativas penales [que] se presentan sobre todo en la parte especial, tanto del Código Penal como de la legislación penal especial, y, desde luego, no comportan normalmente reducciones en la gravedad de los marcos penales, sino ampliación o creación de nuevos tipos penales en ámbitos como el medio ambiente, la economía, el procesamiento de datos, drogas, impuestos, mercado exterior y, en general, todo lo relativo a la ‘criminalidad organizada’”<sup>11</sup>, sumiendo al garantismo en la más profunda incompreensión social<sup>12</sup>. Bajo la desilusión del modelo resocializador, se erigió el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, un modelo caracterizado por

<sup>9</sup> DÍEZ RIPOLLÉS (2009), p. 249.

<sup>10</sup> BINDER (1997), p. 97.

<sup>11</sup> HASSEMER (1999), p. 23.

<sup>12</sup> DÍEZ RIPOLLÉS (2007), p. 65.

el afianzamiento del sentimiento de inseguridad colectiva, que invade todos los sectores de la sociedad; que revaloriza los intereses de la víctima como independientes de los del Estado; que ha expandido el ámbito de protección de las leyes desde bienes jurídicos individuales hacia bienes jurídicos colectivos y difusos; que ha redescubierto la utilidad de la pena privativa de libertad, con un resultado intimidatorio y consecuencias inoportunas y que se ha orientado hacia sectores marginales, limitando los derechos de algunos ciudadanos -los delincuentes-, por medio de la renuncia a libertades con el objetivo de dotar al Estado de mayor eficacia en la persecución punitiva.

Lo anterior, no solo ha llevado a una regresión en la consagración de las libertades individuales que conducirá hacia la construcción de un Derecho Penal de la peligrosidad, donde la teorización más tradicional ha sido la del Derecho Penal del Enemigo, de Jakobs, sino que demuestra un cambio cultural de legitimación de mayores y más intensas formas de intervención estatal.

En este sentido, Chile no se ha eximido de la tendencia mundial que clama por mayor seguridad producto de un supuesto incremento en los niveles de delincuencia y de violencia, lo que ha impactado significativamente en una apreciación negativa de la labor del gobierno, los jueces, los fiscales y los legisladores. Sin embargo, el análisis estadístico da cuenta que no existe una correlación necesaria entre los altos niveles de percepción de inseguridad y las cifras efectivas de delincuencia, en tanto el incremento constante en la percepción de inseguridad, no siempre se condice con la frecuencia de los delitos de mayor connotación social; ni tampoco con la gravedad de los delitos, de la forma en que ocurre en otros países de Latinoamérica<sup>13</sup>, en que se aprecian formas más organizadas y violentas de criminalidad asociadas al narcotráfico y a la venta ilegal de armas, donde el propio Estado no puede penetrar en grandes zonas rurales o urbanas, que se encuentran dominadas por carteles o fuerzas paramilitares.

Las preguntas respecto de qué efectos han producido las reformas legales introducidas en esta materia durante los años 2005 y 2008 (conocidas como Agenda Corta Antidelincuencia) y de si se justifica una política criminal de estas características en nuestro país, parecen no encontrar respuesta al interior de nuestro sistema. Las reformas legales impulsadas por las Leyes N° 20.074 y N° 20.253 no produjeron los efectos esperados en materia de prisión preventiva, que era un incremento en la dictación de esta medida cautelar que impactara positivamente en la sensación de inseguridad; ya que si bien se incrementó la

<sup>13</sup> De acuerdo al Informe del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (2013-2014) que esta entidad emitió respecto de la seguridad ciudadana para América Latina, Chile presenta una mayor percepción de inseguridad social que otros países de la región, siendo que las tasas efectivas de victimización se encuentran dentro de las más bajas del continente. Caso paradigmático es el de Honduras, que presenta una de las tasas de homicidios más importantes a nivel mundial, con 86,5 personas por cada cien mil habitantes, frente a las 2 personas por cada cien mil habitantes que presenta Chile. Aun así, la percepción de seguridad en los barrios es mayor para los ciudadanos hondureños que para los chilenos en conformidad a este estudio.

dictación de la prisión preventiva<sup>14</sup>, actualmente, a una década desde la primera reforma, los índices de percepción de inseguridad ciudadana parecen no dar tregua. Sin embargo, se ha insistido en que la solución a la problemática de la delincuencia se halla estrictamente en el incremento de las penas y en la aplicación de medidas cautelares más gravosas, es decir, en una respuesta puramente legal, que finalmente se convierte en simbólica más que en una solución efectiva e integradora para el fenómeno delictivo.

## 2. Las económicas.

Las leyes no solo son decisiones normativas, sino que, en muchas ocasiones también son decisiones económicas. La minimización de los costos sociales que genera la delincuencia se ha centrado esencialmente en responder a esta problemática solo en base a la dictación de leyes, debido a que es un mecanismo que implica un menor gasto de recursos para el Estado, por tener costos fijos para el mismo (v. gr. dieta parlamentaria), lo cual, si bien es una solución altamente económica, hasta el momento ha sido socialmente ineficiente. Dentro de estas decisiones económicas que debe adoptar el Estado se deben distinguir entre aquellas que generan incentivos incorrectos y aquellas que generan costos o externalidades negativas al interior del sistema.

Por una parte, la forma en que actualmente se conduce la política criminal securitaria crea incentivos inadecuados que pueden provocar un aumento en la violencia de la delincuencia y originar costos individuales por la predisposición sistémica existente hacia la condena a inocentes.

De forma individual, cabe la posibilidad en la cual el incremento de las penas torne insignificante la diferencia entre bienes jurídicos relevantes. Así, si analizamos el ejemplo de Friedman: “Usted vive en un país donde la pena más severa es la prisión perpetua. Algunos proponen que, considerando que el robo armado es un crimen muy serio, quienes roben a mano armada deberían ser sancionados a prisión perpetua. Un abogado constitucionalista pregunta si la sanción resulta consistente con la prohibición de aplicar castigos crueles e inhumanos. Un filósofo legal pregunta si se trata de una sanción justa. Un economista señala que si la pena para el robo armado y aquella para el robo armado con asesinato son las mismas, la sanción adicional para el asesinato no existe –y pregunta si realmente queremos que la mejor decisión para los ladrones que roban a mano armada sea matar a sus víctimas”<sup>15</sup>; podemos apreciar que el aumento de las penas no distingue los diversos bienes jurídicos que existen en juego, tal como lo expresa Friedman, si la pena del robo

<sup>14</sup> Son ilustrativas las cifras entregadas por ORTIZ, Luis. El Mercurio, cuerpo C, p. 9, Santiago 25 de Mayo de 2009, en: SALAS (2009), p. 290; quien en el año 2009 señaló: “Nadie pensó, ni el gobierno pudo prever que el espíritu inicial de la Reforma Procesal Penal se iba a trastocar como ocurrió con la llamada ley de agenda corta, ya que encuestas como la de la Fundación Paz Ciudadana muestran que entre los años 2000 y 2008 –bajo la vigencia del nuevo sistema penal– la población carcelaria aumentó en 120% y, de este porcentaje, el 40 ó 50%, a lo menos, no son personas condenadas, cuestión que constituye un abuso de la prisión preventiva”.

<sup>15</sup> FRIEDMAN (2000), p. 8.

y del robo con homicidio llegan a ser equivalentes, ya no existe sanción adicional alguna para el homicidio, lo que genera un incentivo para los delincuentes de cometer un robo con homicidio en vez que un simple robo con intimidación, ello porque eliminando al principal testigo del ilícito –la víctima– disminuyen sus probabilidades de ser arrestados y condenados<sup>16</sup>.

De forma institucional, si la estructura del sistema procesal penal se encuentra determinada por una política criminal securitaria, se instala el hecho que el riesgo que un inocente quede en prisión preventiva es un riesgo permitido, un riesgo que la sociedad está dispuesta a tolerar en pos de una persecución penal efectiva, donde la atribución del riesgo está siendo soportada únicamente por el individuo que ha sido procesado, como una carga especial que debe llevar el sujeto para permitir el funcionamiento del sistema penal sin merecer compensación económica alguna. En cambio, si se considera que el riesgo no permitido es que un inocente se encuentre en la cárcel y, por lo tanto, el peligro que se va a tolerar es que un culpable se encuentre libre, coloca el incentivo donde debe estar: *en el buen funcionamiento del sistema y no en el individuo*. Poner el incentivo de forma inversa, implicaría que la Administración de Justicia no tendría ningún estímulo para un funcionamiento adecuado, porque no respondería patrimonialmente y dejaría al encarcelamiento injusto como error marginal; mientras que si la Administración de Justicia debe responder por sus errores graves, convierte a la disposición normativa no solo en eficiente sino en justa.

Por otra parte, debe evidenciarse ciertamente que los grandes esfuerzos en aumentar la dotación policial, en acrecentar el aparato persecutor y en incrementar el encarcelamiento son sustantivos en el presupuesto de la Nación. El discurso de la seguridad ciudadana no quiere dar cuenta que, por ejemplo, lo que cuesta mantener un interno en una cárcel concesionada de forma mensual es mayor que el ingreso mínimo mensual<sup>17</sup>. Es así como la política en contra de la delincuencia genera costos económicos y sociales que son invisibilizados, puesto que niegan el argumento que es imposible eliminar la delincuencia (producto de la escasez de recursos o la destinación a otras áreas relevantes, aunque no es la única razón).

No obstante, los costos de una política criminal securitaria no solo son monetarios. Es así como “un derecho penal contundente también tiene sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener (...) cuando esto ocurre en ‘tiempos de necesidad’ perderán toda su importancia para nuestra cultura jurídica. Desde ese momento, ya no serán su valor e importancia el criterio decisivo para su vigencia, sino la problemática percepción de la ‘necesidad’ o de la ‘grave amenaza’<sup>18</sup>. Uno de estos principios ha sido la presunción de inocencia.

<sup>16</sup> MERY NIETO (2012), p. 264.

<sup>17</sup> En el Informe balance de la Delincuencia 2012 de la Fundación Paz Ciudadana, se indica que el costo de operación del sistema carcelario concesionado varía entre los \$363.133 y los \$417.874; mientras que informaciones de prensa señalan que actualmente estaría sobrepasando los \$500.000.- versus los \$241.000.- del ingreso mínimo mensual vigente.

<sup>18</sup> HASSEMER (1999), p. 49.

Es más, otra externalidad negativa que se genera a partir de la aplicación del modelo de la seguridad ciudadana al proceso penal ha sido la insatisfacción de la ciudadanía respecto de la función judicial, lo que da pie para la tercera consideración: la de justicia.

### 3. Las de justicia.

Actualmente, existe “la imagen de los jueces como funcionarios peligrosos con gran poder, proclives a actuar en contra de los intereses de los ciudadanos comunes, [que] tiene su máxima expresión en la percepción de la ciudadanía sobre el papel de los jueces en relación con el delito y la justicia penal”<sup>19</sup>. Sin embargo, a pesar de la visión predominante que existe respecto de la función judicial, no es posible concebir un Estado democrático de Derecho sin un Poder Judicial independiente, imparcial y responsable.

La política criminal securitaria ha llegado a cuestionar la labor judicial respecto de la efectividad de la persecución punitiva, en lo que algunos han denominado la “puerta giratoria”. Lo anterior, sumado a la existencia de factores endógenos al proceso (volúmenes de juicios, menor duración de audiencias, participación de diferentes actores, etc.) y a los factores exógenos pero influyentes (medios de comunicación, presiones políticas, incompreensión ciudadana de la motivación de las sentencias, entre otros), genera las condiciones necesarias para que se pueda producir una decisión equivocada. Dentro del ejercicio de la función judicial, como en toda actividad humana, la falibilidad existe; el problema es cómo el sistema canaliza la posibilidad de ocurrencia de dichos errores y es capaz de detectarlos y enmendarlos, construyendo un sistema judicial responsable, eficiente y justo.

En efecto, el criterio restrictivo de la Corte Suprema respecto de la procedencia de la indemnización por error judicial, ha tendido a desplazar la responsabilidad del Estado-Juez hacia la responsabilidad extracontractual del Ministerio Público; no obstante, tampoco ello ha tenido cifras alentadoras para las víctimas de errores judiciales: Al año 2013, solo tres demandas han sido acogidas durante la vigencia de la Reforma Procesal Penal en comparación con las cinco condenas existentes en materia de error judicial<sup>20</sup>.

En consecuencia, un modelo de seguridad ciudadana como el que actualmente se ha llevado a cabo en nuestro país, que impacta directamente en el proceso penal, merece, como correlato, un sistema de responsabilidad judicial el cual se haga cargo institucionalmente

<sup>19</sup> SIMON (2007), p.162

<sup>20</sup> Conforme a las estadísticas del Ministerio Público obtenidas en virtud de una solicitud de información por la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública en el mes de Diciembre de 2013, se encontraban pendientes 70 demandas en juicio civil de indemnización de perjuicios en todo el país en contra de este organismo durante el año 2013, fundadas, en general, en lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N° 19.640 Orgánica del Ministerio Público por los supuestos daños ocasionados por actos de la Fiscalía en el contexto de una investigación penal. Desde el inicio de la Reforma Procesal Penal, se indica que se han terminado un total de 37 juicios civiles en los cuales se demandó la responsabilidad civil por actuaciones del Ministerio Público, donde 3 de las demandas se acogieron, 14 se rechazaron y las restantes 20 tuvieron otro tipo de término, tales como abandono del procedimiento, desistimiento o incompetencia del tribunal; por ende, el número de solicitudes acogidas entre la Responsabilidad del Estado Juez (5) y la del Ministerio Público (3), son similares y no muy alentadoras.

de los errores cometidos durante el proceso penal que tienen como principal perjudicado a un inocente. Así, el “sujeto inocente que se ve sometido a juicio paga un precio considerable, incluso en el caso de ser absuelto. El hecho de ser acusado por un delito grave supone una mancha en su reputación que puede no ser borrada completamente por la absolución. Incluso si la absolución conlleva una exoneración total de responsabilidad, no repara los inconvenientes que surgen en el proceso que lleva a ese resultado. Una vez que es acusado, el sujeto debe esperar el juicio, un proceso que lleva consigo un cierto grado de ansiedad e inseguridad y que frecuentemente altera el ritmo normal de la vida diaria. El juicio en sí es incluso más que una experiencia terrible y traumática y supone un gasto económico considerable. Tomando en consideración estas cargas, no sorprende que un sistema de justicia penal preocupado por la protección del inocente incorpore garantías que vayan más allá de la protección frente a condenas erróneas y busque también asegurar que no se presenten cargos infundados frente a un inocente”<sup>21</sup>.

## V. Las principales causas de la condena a personas inocentes: Una mirada desde la perspectiva del inocentrismo.

Sin lugar a dudas, el caso paradigmático de error judicial es la condena a personas inocentes. En esta hipótesis, es indiscutible el deber del Estado de reconocer una acción de indemnización para quien ha sido víctima de un error judicial de tal magnitud. Como punto de partida, es necesario tener presente que una “verdad incómoda para unos o costo social necesario para otros, se trata de una discusión tan antigua como el hombre, porque el error es compañero de viaje de la naturaleza humana. Y esta es precisamente la cuestión: en los hechos, nuestro sistema de justicia penal no reconoce sus errores, o al menos incluye muy pocos instrumentos para corregirlos y repararlos”<sup>22</sup>.

Los esfuerzos por disminuir los casos de error judicial en que se condena a personas inocentes, están reflejados en el *Innocence Project*<sup>23</sup>, proyecto dedicado a la exoneración de personas condenadas y que son posteriormente absueltas tras la comprobación de su inocencia (fundamentalmente a causa de la evidencia científica de la prueba de ADN). Ello es relevante no solo por el hecho cierto de la condena a una persona inocente, sino también por la impunidad de los verdaderos culpables y por la afectación de la legitimidad pública y la confianza ciudadana en el sistema de justicia penal. Con el fin de reducir el número de víctimas en esta hipótesis de error judicial, resulta fructífero identificar sus causas y, al mismo tiempo, trabajar en la búsqueda de soluciones que impidan su configuración. Entre las principales causas del error judicial consistente en la condena a personas inocentes, el *Innocence Project* destaca:

<sup>21</sup> ISRAEL et.al. (2012), p. 817.

<sup>22</sup> CARRASCO (2011), p. 49.

<sup>23</sup> Mayor información disponible en: [www.innocenceproject.org](http://www.innocenceproject.org). Fecha de consulta: 1 septiembre 2015.

## 1. Problemas en la identificación de los imputados.

Si bien es cierto existen diferentes variables que influyen en todo acto de reconocimiento, entre ellas, las variables individuales<sup>24</sup>, situacionales<sup>25</sup>, de estimación<sup>26</sup> y sistémicas<sup>27</sup>, es necesario destinar los esfuerzos en precaver la influencia negativa de las mismas, puesto que existen distintos factores que deben examinarse al momento de evaluar la fiabilidad de la identificación de un imputado, entre ellas, la oportunidad que tuvo el testigo o víctima de un delito de ver al sujeto que cometió el delito; el grado de atención del testigo o víctima durante el acontecimiento de hechos delictivos; la precisión de la descripción previa del agente delictivo por parte de aquél que posteriormente efectúa un acto de reconocimiento; el nivel de certeza demostrado por el testigo o víctima de un delito en el proceso de reconocimiento e identificación; y el lapso de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el reconocimiento del imputado. Sostenemos que ponderar adecuadamente las circunstancias descritas previamente, contribuye a mejorar los estándares que deben exigirse en la identificación de imputados.

## 2. Utilización de prueba pericial de baja calidad y confiabilidad.

En modelos adversariales, como el nuestro, la prueba pericial se utiliza estratégicamente a fin de otorgarle credibilidad a la teoría del caso planteada por cada parte. Sin embargo, uno de sus principales riesgos es la sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos. Adicionalmente, en el Nuevo Sistema Procesal Penal, los peritos son considerados auxiliares del Ministerio Público, situación que les resta objetividad al expresar sus opiniones desde la vereda del órgano encargado de la persecución penal. Por ello, es fundamental que el juez evalúe adecuadamente las condiciones bajo las cuales ponderar la confiabilidad y calidad de un determinado peritaje.

## 3. Uso de confesiones falsas.

Esta causa de error judicial es de especial riesgo y cuidado, toda vez que nuestro Sistema Procesal Penal permite que la Policía de Investigaciones, previa delegación del fiscal de la causa, tome declaraciones a los detenidos sin la presencia de un abogado defensor, siempre y cuando el detenido consienta voluntariamente a ello. Evidentemente, la ausencia de un

<sup>24</sup> Se refiere a las características del testigo (edad, raza y estereotipos), el testimonio, y la habilidad de los evaluadores de discriminar entre un testigo preciso y uno que no lo es, en: LIBEDINISKI (2011), p. 31.

<sup>25</sup> Se refiere a las variables propias del sistema judicial y policial. Incluye los interrogatorios, las ruedas de reconocimiento de presos o fotográficas, y cualquier otra dentro del procedimiento judicial, en: LIBEDINISKI (2011), p. 31.

<sup>26</sup> Se refiere al conjunto de elementos que acontecen en la escena presenciada y que están fuera del control del testigo y de los investigadores, en: SCHUBERT (2011), pp. 7-11.

<sup>27</sup> Se refiere al conjunto de elementos que pueden ser controlados por el sistema judicial para asegurar una mejor calidad del testimonio, especialmente en el interrogatorio, en: SCHUBERT (2011), pp. 7-11.

abogado defensor posibilita abusos en los interrogatorios, tornando factible el escenario de declaraciones falsas. Por ello, a fin de que los jueces evalúen el mérito probatorio de una confesión, es importante que el imputado conozca los alcances de renunciar al derecho a guardar silencio, su relación con el principio de no autoincriminación, y la regla del consentimiento expreso a una confesión. Más aún, especial relevancia revisten los casos de confesiones de culpabilidad entregadas como parte de las negociaciones de la pena, característico en los procedimientos abreviados y simplificados, cuyo análisis excede los alcances del presente artículo.

#### 4. Testigos mentirosos o poco confiables.

Esta causal puede configurarse por distintos móviles que “van desde el exceso de celo con el que pueden laborar las policías o los fiscales, el interés propio del testigo o víctima en diseñar su declaración de modo de alterar la responsabilidad del imputado, el interés del testigo o la víctima de empatizar con la pretensión institucional personificada por el fiscal o el policía o, en los casos más extremos –pero no infrecuentes– para obtener algún beneficio o recompensa a cambio de una declaración en contra del imputado”<sup>28</sup>. Por ello, es importante identificar los móviles de los testigos y ponderar los alcances de su declaración, evaluando los potenciales conflictos de interés que pueden estar presente en su declaración.

#### 5. Visión de túnel.

Esta causal se define como “un conjunto de modelos deficientes de investigación y de falacias lógicas, que son susceptibles de producirse en todas las investigaciones, y que inducen a los intervinientes del sistema de justicia penal a focalizarse en un sospechoso; seleccionar y filtrar la evidencia que les permite armar el caso para lograr una condena, mientras ignoran o suprimen evidencia que permitiría excluir la culpabilidad”<sup>29</sup>. En este sentido, lo que caracteriza a esta causal es la retención de una determinada hipótesis que ha sido seleccionada como la correcta por parte de los agentes encargados de la investigación penal. Sin embargo, en los hechos, la visión de túnel posibilita la omisión en la búsqueda o el registro de evidencia exculpatoria y, por el contrario, incentiva y fortalece la búsqueda y el registro de evidencia confirmatoria, manipulando la evidencia probatoria a fin de otorgarle mayor credibilidad a una determinada teoría del caso. Al respecto, sostenemos que los estándares de un debido proceso reclaman legitimidad en la medida en que se conserva incólume el principio de objetividad.

<sup>28</sup> CASTILLO (2013), p. 296.

<sup>29</sup> CASTILLO (2013), p. 259.

## 6. Deficiencia en la representación legal de los imputados.

Respecto de esta causal, los esfuerzos deben estar orientados a dignificar la labor del defensor público, como interviniente imprescindible en el proceso penal. En efecto, la defensa pública de los intereses, acorde al principio de presunción de inocencia, debe ser respetuoso de los derechos fundamentales del imputado, entre ellos, el debido proceso. En efecto, “El cúmulo de garantías reunidas bajo la fórmula del denominado *due process of law* (...), apunta a resguardar en la forma más equilibrada posible los derechos tanto de los inculpados como los de la víctima o de la sociedad y aun del órgano jurisdiccional, con el objetivo último de asegurar un adecuado funcionamiento de la administración de justicia y alejar –hasta donde la falibilidad del humano juicio lo permita– el fantasma del error judicial”<sup>30</sup>.

Desde la vereda del inocentrismo, es relevante destacar que los errores judiciales tienen un carácter sistémico, es decir, están presentes en todos los operadores del sistema judicial que forman parte del servicio público de justicia. En consecuencia, son diversas las causas y factores que tornan propicio un escenario en que se cometan errores judiciales. En efecto, la falta de regulación y control sobre la actividad de investigación que desarrollan las policías y los otros organismos auxiliares; los defensores públicos que ejercen un rol público cada vez más cuestionado y con una elevada carga de trabajo, que proporciona fuertes estímulos para promover acuerdos o negociaciones de la pena; los pocos recursos disponibles; la escasa o nula regulación de la actividad propia de litigación; el rol pasivo de los jueces durante el juicio, entre otras, son situaciones que contribuyen a generar condiciones que favorezcan la comisión de errores judiciales, entre ellos, la condena a personas inocentes. Por ello, la “prevención de condenas erróneas debe ser una prioridad para la administración de justicia, pues de esto depende su legitimidad. Una persona encarcelada por un hecho que no cometió es un abuso inaceptable del poder estatal y una alerta para todo ciudadano inocente de que podría ser el próximo afectado. Además, deja libre al verdadero culpable, la víctima es revictimizada inútilmente y se han malgastado los recursos públicos”<sup>31</sup>.

En consecuencia, el inocentrismo implica tomarse en serio al inocente, esto es, ser estrictos con los principios cardinales del proceso penal, tales como la presunción de inocencia, la carga de la prueba en el Ministerio Público, el *in dubio pro reo*, y el estándar de convicción de condena más allá de toda duda razonable. Además, regular y transparentar la relación entre las Policías y el Ministerio Público; exigir al órgano persecutor la definición de protocolos y prácticas para que las policías entreguen toda la información tanto inculpatoria como la exculpatoria, evitando la visión de túnel; reivindicar el sentido del principio de objetividad; determinar la forma en que se deben realizar los peritajes; regular las formas y los medios de registro en que se deben realizar los reconocimientos y las declaraciones ante la Fiscalía, entre otras<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ (1999), p. 463.

<sup>31</sup> SCHUBERT (2011), p. 11.

<sup>32</sup> CASTILLO (2013), pp. 306-307.

## VI. Criterios de atribución como límite a la responsabilidad del Estado-Juez.

En consideración a lo expuesto en los apartados precedentes sobre la responsabilidad del Estado-Juez, sostenemos que el punto de partida consiste en determinar la calificación del injusto y el criterio de atribución de la responsabilidad, puesto que es importante esclarecer cómo se distribuyen los daños o cómo se asignan los riesgos al interior de una sociedad.

La responsabilidad del Estado-Juez es parte integrante del moderno derecho de daños. En este contexto, existe una fricción constante entre la potestad estatal y la legitimidad de derechos individuales y colectivos de las personas. Pero, ¿cómo resolver la fricción? Ahí es donde la determinación de los criterios de atribución para definir los casos en que tiene lugar la responsabilidad del Estado-Juez adquiere relevancia jurídica. En efecto, “la responsabilidad del Estado es una decisión acerca de cómo queremos ser gobernados, porque ella conlleva siempre un pronunciamiento sobre los pesos y contrapesos que deben mantenerse entre los poderes y sobre cómo construir una mejor relación entre las normas que pertenecen al sistema jurídico”<sup>33</sup>.

### 1. Falta de servicio.

La construcción normativa de la falta de servicio como criterio de atribución tuvo su origen en el derecho francés, con un desarrollo predominante en la jurisprudencia desde mediados del siglo XIX, por parte del Consejo de Estado francés. Sus primeros antecedentes se encuentran en el *Arret Blanco* y en el *Arret Pelletier*. El primero, establece la autonomía de las normas del derecho administrativo respecto de las normas del derecho civil. El segundo, señala la distinción entre falta de personal y falta de servicio. Como consecuencia, “la falta de servicio aparecerá como el equivalente administrativo de la culpa civil del agente, cometida en ejercicio de sus funciones”<sup>34</sup>. En otras palabras, “se pasó de un modelo de convicción síquica de la culpa a un modelo de evaluación normativa”<sup>35</sup>. Aquello permitió integrar en el concepto de falta de servicio elementos que posibilitaron su reconocimiento y configuración, entre ellos, la ilegalidad o incumplimiento de obligaciones legales; el incumplimiento de estándares mínimos, como la falta de un examen acucioso de antecedentes; el hecho de que el funcionamiento normal o legítimo no constituye falta de servicio, entre otros. Por consiguiente, en la construcción de un estándar normal de funcionamiento del servicio de justicia, y a fin de acreditar la falta de servicio, “es necesario demostrar la irregularidad en el actuar público, es decir, la culpabilidad [...], lo que significa que, además de acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, es preciso

<sup>33</sup> LETELIER et.al. (2012), p. 12.

<sup>34</sup> LETELIER et al. (2012), p. 36.

<sup>35</sup> CORDERO (2010), p. 186.

evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y por el contrario se presenta como vulnerador de derechos<sup>36</sup>.

## 2. Sacrificio especial.

El sacrificio especial como criterio de atribución tuvo su origen en el derecho español, cimentado en la idea de lesión, es decir, en un perjuicio antijurídico, una carga especial como el medio para la consecución de un fin público y, por ello, como manifestación de un perjuicio anormal y especial, genera responsabilidad porque rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas. En otras palabras, lesión será todo perjuicio causado al particular que no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo a la legislación vigente. En razón de lo anterior, “se sostiene que es la cobertura social algo inherente al instituto resarcitorio, atendida la función redistributiva de la responsabilidad. Si es la seguridad social la que justifica la progresiva generalización del principio resarcitorio, debe ser la correcta articulación de esa solidaridad social la que propicie la modulación de la responsabilidad patrimonial en función de la capacidad económica del sujeto que ha sido lesionado en su propio patrimonio. Dicho de otra manera, en este concepto la responsabilidad tiene que jugar desigualmente a favor de los débiles, actuando así como principio de igualdad ante la ley<sup>37</sup>. En este contexto, la pregunta es si el error judicial puede o no configurarse en base al sacrificio especial como criterio de atribución de responsabilidad. Para algunos, este criterio no puede justificar en caso alguno la responsabilidad del Estado-Juez, porque el sistema de responsabilidad no puede actuar como un seguro social; de lo contrario, se generaría una hipertrofia del sistema<sup>38</sup>. Para otros, en cambio, es legítimo utilizar el sacrificio especial como criterio de atribución en los casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado. A modo enunciativo, en Argentina esta hipótesis ha tenido un fuerte desarrollo en la doctrina y jurisprudencia, con fundamento en el derecho de propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagradas en la Constitución Nacional a fin de lograr afianzar la justicia. En el caso de Alemania, la responsabilidad por actividad legítima del Estado se ha construido a través de la denominada teoría de la indemnización<sup>39</sup>.

Sostenemos que especialmente en los casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado, es necesario reivindicar un equilibrio entre eficiencia y protección de derechos y libertades individuales, puesto que exigir responsabilidad más allá de ese equilibrio erosiona la eficiencia desde el punto de vista del análisis económico del derecho. Por ello, “admitida la legitimidad de una intervención instrumentalizadora, habrá necesariamente que calibrar si existe o no obligación resarcitoria a través del triple juicio de legitimidad (relevancia jurídica de la conducta de la víctima), intensidad (relevancia jurídica del daño), y proporcionalidad<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> MEDINA (2012), p. 100.

<sup>37</sup> CORDERO (2010), p. 142.

<sup>38</sup> MARTÍN REBOLLO (1999), en: Cordero (2010), p. 33.

<sup>39</sup> MUNDACA (2001), p. 23.

<sup>40</sup> LETELIER (2012), pp. 379-380.

### 3. El caso especial de la prisión preventiva.

A este respecto cabe preguntarnos, *¿debemos reconocer como elemento base de un principio de responsabilidad del Estado, un derecho a una acción de indemnización por error judicial al particular que ha sido sufrido perjuicios como consecuencia de la dictación de la prisión preventiva?*

Hemos expuesto previamente que, sin duda, la condena a personas inocentes constituye uno de los casos más emblemáticos de error judicial. Sin embargo, sostenemos que existen otros supuestos de error judicial de relevancia jurídica. Tal es el caso de la prisión preventiva, como medida cautelar instrumental y de aplicación excepcional. Recordemos que esta es una medida cautelar de privación de libertad que se utiliza para resguardar las finalidades del proceso penal; no obstante, su aplicación puede significar una carga desmedida y onerosa para el inocente que debe soportarla. Así, son al menos tres los argumentos que se esgrimen para justificar la inclusión de la prisión preventiva como una causal de responsabilidad del Estado-Juez: primero, la excepcionalidad de la aplicación de esta medida cautelar; la creación por la Reforma Procesal Penal de un conjunto de medidas cautelares personales de carácter general que son alternativas o subsidiarias a la prisión preventiva y que tienen por objetivo su aplicación preferente a esta, indica que esta medida solo puede ser aplicada en los casos en que las finalidades del proceso la justifiquen, y no en cualquier caso, porque, ante la incertidumbre en la participación delictiva de una persona, debieran preferirse las medidas del artículo 155 del Código Procesal Penal. Segundo, los efectos de anticipación de la pena de la prisión preventiva. Comunicacionalmente, no existe distinción entre el encarcelamiento cautelar y la condena, a tal punto que quienes son sometidos a prisión preventiva se encuentran recluidos en los mismos centros que quienes se encuentran condenados; lo anterior, provoca que la prisión preventiva aplicada a una persona inocente no solo sea simplemente un mecanismo para asegurar la realización del proceso, sino que constituye una verdadera pena, asimilando en sus alcances a una condena. Tercero, la intervención que significa la aplicación de la prisión preventiva en la vida de una persona. Ninguna otra medida cautelar tiene parangón, debido a que no existe una invasión en los derechos de los ciudadanos como la que produce la prisión preventiva, en la cual, no solo se restringe la libertad de una persona, sino su honra y su desenvolvimiento habitual en la sociedad. Por lo anterior, los alcances en la aplicación de la prisión preventiva distan mucho de cualquier otra medida cautelar que se pueda imponer, respecto de los efectos en la vida de una persona (privación de la libertad, abandono de familia y trabajo, presunción de culpabilidad, necesidad de defensa judicial, gastos económicos, entre otros.); por lo que si su imposición es producto de un error judicial, ya sea por incumplimiento legal de sus presupuestos de admisibilidad (falta de servicio) o por mala administración del servicio público de justicia, como en el caso de prisiones preventivas impuestas por largos periodos de tiempo y daños corporales graves (sacrificio especial), sostenemos que quien es sujeto pasivo de un error judicial con tales características debe disponer de una acción de indemnización contra el Estado por los perjuicios sufridos de forma integral.

En la actualidad, en aras del resguardo de la seguridad ciudadana, existen reclamos que abogan por una mayor aplicación de esta medida cautelar. La consecuencia evidente ha sido que se “desplaza el carácter instrumental y excepcional de la prisión preventiva hacia uno de carácter marcadamente político criminal, en el cual se acentúan consideraciones más bien propias de los fines de la pena”<sup>41</sup>. Sin embargo, “en un Estado democrático de derecho, al juez no se le puede exigir un compromiso con las políticas estatales de seguridad ciudadana de carácter coyuntural o con los objetivos estratégicos y político-criminales de las agencias de persecución penal [...]. La judicialización del orden público o la seguridad ciudadana produce una seria distorsión en la función jurisdiccional, al asignarle al juez una misión que le compete directamente a otros órganos públicos. El resultado final de esa lógica (lejos de reducir las tasas de criminalidad) se traduce inexorablemente en el deterioro progresivo del estado de derecho, en perjuicio de todos los ciudadanos”<sup>42</sup>.

## VII. Buenas razones para proponer una acepción amplia de error judicial.

En términos generales, la evolución de la responsabilidad del Estado-Juez en Chile y en el derecho comparado, ha puesto de manifiesto que no ha sido una temática fácil de instalar. Más allá de la superación de los clásicos obstáculos que impidieron tempranamente su configuración, una vez reconocida, quedaba pendiente definir en qué casos y bajo qué criterios era admisible esta responsabilidad. Tempranamente, quienes abogaban por sistemas subjetivos de responsabilidad, pusieron el énfasis en la idea de culpa del servicio, como valoración subjetiva de la conducta. Para otros, que reclamaban sistemas objetivos de responsabilidad, “el actuar injustificadamente erróneo del órgano jurisdiccional debe mirarse únicamente en la perspectiva de la víctima, de manera que jamás un inocente pueda ser obligado a soportar, además del dolor del procesamiento o condena injustos, la imposibilidad de una reparación patrimonial capaz de morigerar aunque sea mínimamente su sufrimiento. Lo que importa y lo que está en juego es la dignidad del inculpado inocente y no el comportamiento más o menos reprochable del juez”<sup>43</sup>. En efecto, el fundamento de esta responsabilidad objetiva era la reparación del daño causado. Por tanto, bastaba probar que entre el hecho y el daño existió un vínculo causal, para que haya lugar a la indemnización, prescindiendo de todo tipo de consideraciones en torno al dolo o la culpa. El problema es que ambas visiones no dialogan entre sí; por el contrario, quienes son partidarios de la responsabilidad subjetiva critican los altos costos que implicaría para el Fisco reconocer responsabilidad objetiva del Estado en el caso del error judicial. Por el contrario, quienes promueven modelos de responsabilidad objetiva, consideran insuficiente que el centro sea la culpa del sujeto activo del daño, y no la víc-

<sup>41</sup> GALLARDO (2011), p. 39.

<sup>42</sup> GALLARDO (2011), p. 41.

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ (1999), p. 471.

tima. Nuestra opinión es que desde una perspectiva poligenética<sup>44</sup>, el énfasis debe estar en la búsqueda de sistema intermedios (objetivos-relativos), que permitan reconocer la responsabilidad del Estado-Juez en base a distintos criterios de atribución, dependiendo del tipo de error judicial. Ello no solo es acorde al moderno derecho de daños, sino también a la tendencia en el derecho comparado y en el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo anterior, toda vez que “la responsabilidad del Estado-Juez es, sin duda, una cuestión de calado no solo jurídico, sino social [...]”. De los jueces depende la libertad del individuo y la protección de sus bienes y derechos, cualquier error, omisión de diligencia o retraso en la tramitación puede tener efectos lesivos en la esfera personal de los justiciables o de terceros que, en ocasiones, revisten tintes trágicos<sup>45</sup>.

En base a lo descrito previamente, a nivel nacional, sostenemos que si bien el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política reconoce la acción de indemnización por error judicial, de ello no es posible concluir que nuestro ordenamiento jurídico reconozca una auténtica responsabilidad patrimonial del Estado-Juez que permita resarcir las lesiones antijurídicas causadas a los particulares en el ejercicio de la función judicial, coherente a las exigencias propias de un Estado de Derecho y de un adecuado funcionamiento de la administración de justicia. A este respecto, sostenemos que existen, al menos, cuatro buenas razones para proponer en Chile una aceptación amplia de error judicial. La primera, la interpretación restrictiva de la Corte Suprema ha impedido materializar un ejercicio efectivo del derecho a una indemnización por error judicial y la correlativa responsabilidad del Estado. En efecto, el Máximo Tribunal en solo 5 casos se ha pronunciado favorablemente, y en 4 de ellos por el mismo argumento: falta de un examen acucioso de los antecedentes del proceso por parte del juez de la causa. La segunda, la tendencia en el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce ampliamente el derecho a ser indemnizado por error judicial. Sostenemos que la tendencia de los últimos años en la Corte Europea de Derechos Humanos no tardará en llegar a nuestro país, lo que ya se ha manifestado de modo incipiente en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Calchona”<sup>46</sup>, en el que Chile llegó a una solución amistosa con las víctimas, comprometiéndose a pagar una pensión de gracia vitalicia. La tercera, la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, sobre lo que ya se ha expuesto en el apartado III; en especial, la necesidad de adecuar la expresión “sometido a proceso” a las nuevas etapas del proceso penal, y la posibilidad que el Máximo Tribunal se pronuncie respecto del error judicial, a propósito del recurso de revisión. La cuarta, la necesidad de establecer una clara diferenciación del principio de responsabilidad del Estado inherente a un Estado de Derecho: responsabilidad del Estado Legislador, Administrador y Juez. De lo contrario, y tal como lo advierte el último fallo de la Corte Suprema en el año 2011<sup>47</sup>, en que se pronuncia favorablemente respecto del error judicial, acogiendo la indemnización en un caso de defecto en el control de identidad de una persona, acto típicamente

<sup>44</sup> LETELIER (2011), p. 363.

<sup>45</sup> TOLIVAR (2013), en: Quintana et.al. (2013), p. 545.

<sup>46</sup> CAROCCA (2002), pp. 641-661.

<sup>47</sup> Yáñez Pavez con Fisco (2011).

administrativo, estaríamos frente a un relativo desplazamiento de la responsabilidad del Estado-Juez a la responsabilidad del Estado-Administrador.

## VIII. Conclusión: Una nueva propuesta de responsabilidad del Estado-Juez en Chile.

Hemos señalado previamente que la construcción de un auténtico sistema de responsabilidad del Estado-Juez, en el contexto del moderno derecho de daños y considerando la tendencia del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe consagrarse desde una perspectiva poligénica, es decir, combinando criterios de atribución subjetivos y objetivos, dependiendo del tipo de error judicial y de los daños causados por el Estado en su ineludible actividad de juzgar<sup>48</sup>.

Nuestra propuesta de responsabilidad del Estado-Juez distingue dos tipos de errores: el error judicial y el mal funcionamiento de la administración de justicia. En el primero, es posible subdistinguir entre errores en el proceso, como en el caso de la prisión preventiva injusta (aquella que es decretada en contravención de los presupuestos de admisibilidad expuestos en el artículo 140 del Código Procesal Penal), o errores en la sentencia, como lo constituye la condena a las personas inocentes. En ambos supuestos, sostenemos que el criterio de atribución debe ser la falta de servicio, es decir, se debe probar la culpa del servicio público de justicia, mediante la construcción de un estándar de conducta por parte de los agentes que intervienen en un adecuado funcionamiento del servicio judicial. En el segundo, que comprende la hipótesis de mal funcionamiento de la administración de justicia, como en el caso de prisiones preventivas decretadas por largos periodos de tiempo y lesiones corporales graves a los imputados, sostenemos que el criterio de atribución debe ser el sacrificio especial, puesto que se trata de daños que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. El *quantum* indemnizatorio dependerá del tiempo de privación de libertad y la gravedad del daño, mediante el establecimiento de un sistema de baremos, de modo similar a lo acontecido en el derecho alemán.

En razón de lo anterior, nuestra propuesta de un nuevo artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política es la siguiente:

*“Todo aquel que hubiere sido condenado o privado de libertad injustamente, ya sea por una resolución judicial o por una dilación indebida del proceso, tendrá derecho a una indemnización del Estado por los daños patrimoniales y morales que hubieren sido resultado*

<sup>48</sup> Actualmente, distintos proyectos de ley se han propuesto reformar la disposición constitucional contenida en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política. El contenido de las mismas va desde eliminar la expresión “injustificadamente” y “arbitraria”; suprimir la expresión “sometido a proceso”; hasta incluir a la “acusación”, “formalización de la investigación”, “prisión preventiva”, u “otras medidas cautelares”, como causales de responsabilidad del Estado-Juez. Adicionalmente, en lo que respecta a la acción de indemnización, los proyectos van desde mantener su conocimiento en la Corte Suprema, hasta radicarlo en las Cortes de Apelaciones o, incluso, en el Tribunal Constitucional. Boletines: 743-07; 3468-07; 5539-07; 5745-07; 6310-07; 6564-07; 6722-07; 7277-07; 7699-07; 9512-07.

*directo de aquella privación de libertad. Esta compensación deberá ser solicitada una vez dictada la sentencia absolutoria, el sobreseimiento definitivo o la resolución que revoque la prisión preventiva ante la Corte de Apelaciones respectiva. La magistratura señalada será competente para conocer del juicio indemnizatorio en procedimiento sumario y apreciará la prueba de acuerdo a la sana crítica. El quantum de este resarcimiento atenderá, a modo ejemplar, al número de días en que el imputado estuvo privado de libertad, a la gravedad de la afectación a su integridad física y síquica, y a las consecuencias nocivas que le produjo la imposición de la medida, entre otras”.*

Consideramos que las ventajas de la propuesta presentada previamente, en relación a la actual redacción del precepto constitucional, son que:

- a) No enfatiza aspectos procedimentales, sino que pone el acento en que es un derecho de todo el que hubiere sido condenado o privado de libertad injustamente;
- b) Incorpora al mal funcionamiento de la administración de justicia como hipótesis de error judicial; tal es el caso del supuesto de las dilaciones indebidas;
- c) Incluye la hipótesis de la prisión preventiva;
- d) Mantiene el resarcimiento de los daños, tanto patrimoniales como morales;
- e) Restringe la causalidad a aquellos daños que han sido resultado directo de la privación de libertad;
- f) Señala que en el juicio indemnizatorio es competente la Corte de Apelaciones respectiva, lo que facilita el acceso a todas las personas del país, posibilita la creación de distinta jurisprudencia, y admite la posibilidad de que pueda ser revisado por la Corte Suprema;
- g) Elimina las expresiones “injustificadamente erróneo” y “arbitrario”;
- h) Establece la sana crítica como regla de estándar probatorio;
- i) Entrega criterios para determinar el monto de la indemnización.

## IX. Referencias Bibliográficas

- BINDER, Alberto (1997): *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 366 pp.
- CARROCCA, Alex (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””, en: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 8, N° 2, 641-661 pp.
- CARRASCO, Pablo (2011): “Tus errores mis horrores”, en: *Revista de la Defensoría Penal Pública* N° 93, 54 pp.

- CASTILLO, Ignacio (2013): “Enjuiciamiento al Proceso penal chileno desde el inocentismo” (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes), en: Revista de Política Criminal, Vol. 8, N° 15, 249-313 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2010): *La responsabilidad de la Administración del Estado*, Abeledo Perrot, 2° edición, Santiago, 228 pp.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (2007): *La política criminal en la encrucijada*, Euros Editores, Buenos Aires, 210 pp.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (2009): *Los nuevos modelos penales de intervención securitaria*, en: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2009): *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 253 pp.
- FRIEDMAN, DAVID (2000): *Law's Order. What economics has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton, 329 pp.
- GAZMURI, Cristián: *A cien años del Affaire Dreyfus*, Diario La Época, 17 de abril de 1994, 19-21 pp.
- GALLARDO, Eduardo (2011): “Jueces de garantía y presión preventiva: Proteger la independencia”, en: Revista de la Defensoría Penal Pública N° 93, 54 pp.
- HASSEMER, Winfried (1999): *Persona, mundo y responsabilidad*, Editorial Temis, Bogotá, 167 pp.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo (1999): “Error judicial: Ensayo de una interpretación constitucional”, en: Revista Ius et Praxis, Año 5, N° 1, 461-472 pp.
- ISRAEL, Jerold, et. al. (2012): *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Traducción por Juan-Luis Gómez Colomer (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1413 pp.
- LETÉLIER, Raúl, et.al (2012): *La falta de servicio*, Thomson Reuters, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, 460 pp.
- MAIORANO, Jorge: *La responsabilidad del Estado por error judicial*, en: CASSAGNE, Juan, et al. (2008): *Responsabilidad del Estado*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 672 pp.
- MARDONES, Fernando (2011): “El recurso de revisión, una mezquina protección al inocente”, en: Revista de la Defensoría Penal Pública N° 93, 54 pp.
- MEDINA, Ciro (2012): “La falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado”, en: Revista Prolegómenos, Vol. XV, N° 29, 95-109 pp.
- MERY NIETO, Rafael (2012): *Análisis económico del Derecho Penal*, en: Cooter, Robert, et. al. (2012), *Introducción al análisis económico del Derecho*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 318 pp.
- MUNDACA ASSMUSSEN, Hans (2001): *Responsabilidad del Estado por falta de servicio*, Editorial Libromar Ltda., Santiago de Chile, 91 pp.

- QUINTANA LÓPEZ, Tomás. et. al. (2009): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1910 pp.
- SALAS, Jaime (2009): *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*, Librotecnia, Santiago de Chile, 423 pp.
- SIMON, Jonathan (2007): *Gobernar a través del delito*. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschioli, Gedisa, Barcelona, 412 pp.
- SCHUBERT, Georgy (2013): “¿Existen inocentes en las cárceles de Chile?”, en: Revista de la Defensoría Penal Pública N° 93, 54 pp.
- Uslengui, Andrés (2007): *La responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, en: Aberastury, Pedro. et. al (2007), *Responsabilidad del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 584 pp.
- V.V.A.A. (2013) Informe Regional de Desarrollo Humano 2013 – 2014: *Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, New York, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

## X. Normas citadas

- Constitución Política de la República de Chile de 1833. Diario Oficial, 25 mayo 1833.
- Constitución Política de la República de Chile de 1925. Diario Oficial, 18 septiembre 1925.
- Constitución Política de la República de Chile de 1980. Diario Oficial, 22 septiembre 2005.
- Ley N° 19.640, Establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial, 15 octubre 1999.
- Ley N° 19.696, Establece Código Procesal Penal. Diario Oficial, 12 octubre 2000.
- Ley N° 20.074, Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. Diario Oficial 14 noviembre 2005.
- Ley N° 20.253, Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de Seguridad Ciudadana y refuerza las Atribuciones Preventivas de las Policías. Diario Oficial 14 de marzo de 2008.

## XI. Jurisprudencia citada

- Araya Molina con Fisco (1989): Corte Suprema 25 de julio de 1989, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 86 (1989), II, sección 5ª, pp.85-91.

- Cueto Sandoval (2008): Corte Suprema 21 enero 2009, Rol N° 5270-2008. (en línea): Poder Judicial (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2015). Disponible en: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).
- Márquez Fuentes con Fisco (1999): Corte Suprema 17 noviembre 1999, Rol N° 802-1999.
- Salinas Gómez con Fisco (1985): Corte Suprema 14 de noviembre de 1985, en: Gaceta Jurídica, N° 65, pp.71-74.
- Vegas Rojas con Fisco (1990): Corte Suprema 5 de diciembre de 1990, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVII, II, sección 5ª, pp.184-189.
- Yáñez Pavez María con Fisco (2011): Corte Suprema 11 de agosto de 2011, Rol N° 5411-2010. (en línea): Poder Judicial (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2015). Disponible en: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).