



UNIVERSIDAD DE MENDOZA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS DOCTORAL

**"Responsabilidad del Estado por actuaciones del
Ministerio Público Fiscal de la Nación en el nuevo proceso
penal federal. El caso chileno como solución de imputación."**

Cristian Ramírez Tagle

Director de Tesis: Dr. Alejandro Pérez Hualde
Mendoza,
2021.

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.....	9
 CAPÍTULO I: Responsabilidad del Estado en Argentina	 17
1. Breve evolución de la responsabilidad del Estado.....	17
2. Problemas clásicos en materia de responsabilidad del Estado	25
3. Sobre la nueva legislación: El Nuevo Código Civil y Comercial de Argentina	29
4. Características del sistema legal de responsabilidad del Estado	32
4.1. Las leyes 26.944 y 26.994 (artículos 1764 y 1765) instituyen un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en el ejercicio de funciones públicas	33
4.2. La responsabilidad del Estado cumple una función de garantía	36
4.3. La responsabilidad del Estado está regulada por normas y principios de Derecho Administrativo, por lo que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda	37

4.4.	La Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y de Comercio son una reglamentación que se vincula al Derecho Constitucional en cuanto a la regulación del daño.....	40
4.5.	Las normas de Derecho Privado que regulan responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica	43
4.6.	La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos.....	45
4.7.	La responsabilidad del Estado opera de manera directa, no subsidiaria.....	47
4.8.	La reparación surge al alegar y probarse que el hecho que genera el daño se encuentra dentro de uno de los factores de atribución que consagra la norma, esto es, falta de servicio o sacrificio especial.....	49
4.8.1.	Breves notas sobre la falta de servicio.....	50
4.8.2.	Breves notas sobre el sacrificio especial.....	55
4.9.	La relación de causalidad como requisito indispensable del hecho que genera la obligación de indemnizar (artículo 3, letra c, y artículo 4, letra c, de la Ley 26.944) está llamada a cumplir una doble función.....	58
	 CAPÍTULO II: Responsabilidad del Estado en Chile....	 73

5.	Responsabilidad del Estado por actuaciones del Ministerio Público.....	79
5.1.	Ministerio Público.....	79
5.2.	Organización del Ministerio Público	82
5.3.	Funciones del Ministerio Público	86
5.4.	Estatuto de responsabilidad del Ministerio Público	89
5.5.	Título de imputación aplicable a las actuaciones del Ministerio Público.....	93
5.5.1.	Bien jurídico protegido por la norma.....	104
5.5.2.-	Afectación del derecho para que confluya la responsabilidad estatal	106
5.5.3.-	Conducta del Ministerio Público para que se genere responsabilidad	109
5.5.4.-	Supuestos en que el Ministerio Público puede realizar actuaciones injustificadamente erróneas o arbitrarias en un procedimiento	113
6.-	Responsabilidad del Estado por error judicial	124
6.1.	Acción de indemnización por error judicial	126
6.2.	Concepto de "injustificadamente errónea o arbitraria"	131
	 CAPÍTULO III: El sistema procesal penal federal argentino Ministerio Público Fiscal de la Nación.....	 147
7.	Aspectos generales del proceso penal argentino	147
8.	Ministerio Público Fiscal de la Nación	173

8.1.	Funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación.....	176
8.2.	Organización Ministerio Público Fiscal de la Nación ...	181
8.3.	Conducta del Ministerio Público Fiscal de la Nación para que se genere responsabilidad del Estado.....	184
	 CAPÍTULO IV: Responsabilidad del Estado por actuaciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación.....	191
9.	La responsabilidad del Estado por actividad judicial.....	192
9.1.	La responsabilidad in procedendo	194
9.2.	La responsabilidad in iudicando	204
10.	Responsabilidad del Estado por las demoras en la tramitación de los procesos judiciales	206
11.	Error judicial	210
11.1.	Presupuestos responsabilidad civil de los jueces	212
11.2.	El acto judicial y el error como vicio; sus efectos.....	215
11.3.	Especies de error	216
11.4.	Consecuencias del error excusable e inexcusable.....	216
12.	La morosidad judicial o derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable	218
12.1.	Demoras en el proceso penal	223
13.	Propuesta de imputación	224
14.	Normativa local.....	237

CONCLUSIONES	247
BIBLIOGRAFÍA	255

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado constituye un gran progreso para el Derecho Público argentino.

Siguiendo en este acápite a Sammartino¹, creemos que esta norma ha marcado la transición en lo que venía siendo un régimen de carácter jurisprudencial en lo que respecta a la aplicación de la responsabilidad del Estado, al pasar a un régimen estrictamente reglado y sistemático.

Además, circunscribe este tipo de responsabilidad como una materia de Derecho Público y, como tal, asume que los problemas que pudieran llegar a plantearse serán resueltos principalmente con la aplicación del Derecho Administrativo. Bajo ese orden de cosas, la voluntad general, formalizada en la Ley 26.944 y en los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial argentino, recorrió un camino que, por lo menos en esta materia, descarta la declamada posibilidad de privatizar el Derecho Público². Así, este régimen jurídico de responsabilidad del Estado es una respuesta que pudo brindar la

¹ Sammartino, P. (2016), p. 520 y ss.

² Sammartino enfatiza que, aunque parezca paradójico, la privatización del Derecho Público es auspiciada también por algunos sectores de la doctrina administrativista. Así, se señala que ora porque la Ley 26.944 sea derogada, o porque se la declare inconstitucional o porque una reforma legislativa restablezca las previsiones normativas originariamente propuestas por la Comisión 191/11, "de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial del que la ley 26.944 ha intentado apartarlo", en: Sammartino, P. (2016), p. 520.

discrecionalidad legislativa a las interrogantes generadas por el proceso de transformación y unificación del Derecho Privado que finalmente desembocó en la creación de la norma en comento.

Así las cosas, resulta interesante el análisis de la norma analizada y, más aun, del sistema de responsabilidad del Estado argentino, el cual se ha descrito como un tránsito del Derecho Administrativo del Estado formal de Derecho al del Estado constitucional social de Derecho³; al efecto, no hay que perder tampoco de vista el desarrollo jurisprudencial que se irá suscitando a propósito de la aplicación de la mentada norma.

En una segunda arista del presente trabajo se analizará la responsabilidad del Estado chileno, a fin de hacer un catastro general y sistemático en lo que dice relación con ambas naciones.

En Chile no se concluye sobre un fundamento propio de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador, existiendo dos aristas: la primera señala que la responsabilidad es objetiva, bastando para responsabilizar al Estado administrador sólo un daño antijurídico; por otro lado, la segunda cree que, además de lo anterior, es necesario que se acredite la existencia de falta de servicio, a la que adhiero. Las diferencias entre estas posturas se encuentran respecto de las normas jurídicas en que se sustentan, conforme se revisará.

Más allá de ello, estudiaremos además, a grandes rasgos, la institución del Ministerio Público, centrándonos en determinar de qué modo debe responder el Estado frente a las actuaciones realizadas por

³ Sammartino, P. (2016), p. 521.

sus agentes, refiriendo principalmente que la responsabilidad del Estado frente a terceros es una cuestión de gran relevancia y, por lo mismo, ha sido tratado por diversos autores.

La doctrina, al entregar una definición de Estado de Derecho, incluye dentro de ella a la responsabilidad y control como elementos integrantes. En este sentido, Eduardo Soto Kloss afirma que "(...) en un Estado de Derecho no hay órganos soberanos, todos están bajo la Constitución y ninguno sobre ella; todos están sujetos a ella y no desvinculados o desligados de su acatamiento u obediencia; y por lo tanto todos ellos están condicionados en su actuar por los derechos de las personas, derechos que emanan de la naturaleza humana, los cuales el Estado y cada uno de sus órganos no sólo deben respetar en su integridad y en su esencia sino que incluso promover su ejercicio"⁴.

Así, resulta interesante determinar la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público en Chile, donde el legislador ha determinado un estatuto de responsabilidad especial, diferente a los títulos de imputación por los cuales tradicionalmente el Estado es responsable, el cual se encuentra contenido en el artículo 5 de la Ley del Ministerio Público, conforme estudiaremos; y el cual establece que es el Estado quien deberá responder frente a los particulares, mas no el Ministerio Público, dado que este no goza de personalidad jurídica

⁴ Soto Kloss, E. (2012), p. 269.

ni patrimonio propio, cuestión irrelevante en relación al título de imputación de responsabilidad de que trata este trabajo.

Así, abordaremos brevemente el error judicial y las hipótesis de este, tanto en Chile como Argentina, a fin de configurar responsabilidad por parte del Estado.

Ahora bien, aun cuando existe en la actualidad una solución para las hipótesis tratadas en Chile a propósito de las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público en el proceso penal, se estima que ella debe tratarse de manera separada de la del Estado-Juez, y la forma en que se resuelve en la ley chilena cuestión que no contempla, bajo ningún prisma la Ley 27.148 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, lo que sin duda es la mejor solución que proponemos así sea recogida por los tribunales nacionales y provinciales, o a través de una modificación legal, donde expresamente se introduzca dicha responsabilidad especial del Estado, ello enmarcado dentro de la función que ostenta el Ministerio Público Fiscal en el nuevo proceso penal federal argentino.

La ley argentina culminó con el debate de la responsabilidad del Estado por acto judicial lícito, estableciendo a este como el único caso de irresponsabilidad del estado, conforme se analizará más adelante.

Conforme a ello se desarrollará la responsabilidad del Estado en Argentina, su breve evolución y sus problemas clásicos en esta materia. Luego trataremos la nueva legislación: el Nuevo Código Civil

y Comercial de Argentina y las características del sistema legal de responsabilidad del Estado.

Así, veremos las leyes 26.944 y 26.994 (artículos 1764 y 1765) que instituyen un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas; la responsabilidad del Estado cumple una función de garantía y; la responsabilidad del Estado está regulada por normas y principios de Derecho Administrativo, por lo que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda.

La Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y de Comercio son una reglamentación que se vincula al Derecho Constitucional en cuanto a la regulación del daño; las normas de Derecho Privado que regulan responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica. La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos; la responsabilidad del Estado opera de manera directa, no subsidiaria.

También explicaremos que la reparación surge al alegar y probarse que el hecho que genera el daño se encuentra dentro de uno de los factores de atribución que consagra la norma, esto es falta de servicio o sacrificio especial.

Finalmente, en el primer capítulo estudiaremos la relación de causalidad como requisito indispensable del hecho que genera la

obligación de indemnizar (artículo 3, letra c, y artículo 4, letra c, de la Ley 26.944), la que está llamada a cumplir una doble función.

En el siguiente capítulo desarrollaremos la responsabilidad del Estado en Chile y, en especial, la responsabilidad de este por actuaciones del Ministerio Público y su estatuto y título de imputación aplicable, como asimismo, los supuestos en que el Ministerio Público puede realizar actuaciones injustificadamente erróneas o arbitrarias en un procedimiento y la vinculación de esta especial responsabilidad con la del por error judicial.

Antes de empezar a dar una solución a los actos que pudiera generar responsabilidad del Estado por actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación, analizaremos brevemente la organización de dicho órgano constitucional y sus principales funciones para, en el capítulo siguiente, tratar la responsabilidad del Estado en Argentina por error judicial, y de qué manera en dicho estatuto hoy se resuelve en Argentina la pregunta generada a propósito de nuestra investigación, para luego sostener, a partir del modelo chileno, un nuevo y especial estatuto de responsabilidad de dicho interviniente penal.

La responsabilidad del Estado por actuaciones del Ministerio Público Fiscal en el nuevo proceso penal federal es, al igual que el error judicial, la cara más extrema de las cargas públicas desiguales, de modo que no parece apropiado resolver la materia teniendo solo en cuenta si ha habido una grave negligencia o dolo en el actuar de dicho órgano. Proponemos en el presente trabajo, a partir de la misma tradición doctrinaria y jurisprudencial argentina, y teniendo en cuenta

la solución adoptada en Chile, una causal de imputación de responsabilidad que deja expectante la eficacia de los remedios destinados a la reparación de los actos violatorios de los derechos humanos al imputado en el proceso penal acusatorio, considerando que dicho acto u omisión podrá deberse a circunstancias del todo excusables desde el punto de vista subjetivo atendidos los antecedentes disponibles y las circunstancias en que los fiscales del Ministerio Público hubieren de adoptar.

CAPÍTULO I:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN ARGENTINA

1.- Breve evolución de la responsabilidad del Estado.

La Constitución de la Nación Argentina en su artículo 19⁵ consagra lo que la doctrina ha entendido como "el deber de no dañar", traducido ello en que si una persona ocasionare algún tipo de daño a otra, incurriría entonces el deber constitucional de reparar dicho daño, así como a la víctima le genera el derecho a ser resarcido. Bajo tal premisa, el Estado, al igual que cualquier sujeto de derecho, tiene como deber el reparar los perjuicios que ocasiona como consecuencia de sus acciones o por sus omisiones. Pese a lo anterior, este tipo de deber no siempre fue reconocido en los distintos países del mundo y acorde a las diferentes épocas, pero, por fortuna, con el paso del tiempo se han abandonado ciertas concepciones del Estado, sobre todo aquellas absolutistas, dando paso a la concepción de que el Estado, al igual que los particulares y/o cualquier persona, se

⁵ "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

encuentra sometido a la ley, reposicionándose entonces la figura del hombre frente al Estado.

El paso del tiempo, sin embargo, no ha sido en vano, ya que ha generado que hoy en día se reconozca que el Estado también está obligado a un deber de abstención, cual es el de no dañar, y, de incurrir en tal situación, debe resarcir ese daño.

Por su parte, el artículo 15 de la Constitución⁶ establece la libertad de los esclavos, indicando que una ley especial reglará las indemnizaciones respectivas a este asunto, lo cual es, sin lugar a dudas, un tema relevante y en donde converge igualmente la responsabilidad del Estado por un accionar constitucional.

Argentina no se encuentra ajena a la evolución en lo que a responsabilidad se trata; prueba de ello es que tan solo en el año 2014 se dictó la primera ley de responsabilidad del Estado atendiendo a su carácter de persona jurídica pública.

Ante la ausencia de normativa que regulase la situación en comento, en particular que resolviera las demandas entabladas contra el Estado nacional y las provincias con el objeto de obtener de parte de estas un resarcimiento económico, los tribunales y la Corte Suprema de Justicia tomaron como base los principios de igualdad

⁶ "En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración.

Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".

ante las cargas públicas, el derecho de propiedad y el deber de no dañar para poder resolver los litigios llevados a su conocimiento; principios consagrados a nivel constitucional.

También se han ido aplicando disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad civil, situación que generó que parte de la doctrina civilista acogiera la hipótesis de determinar que el régimen de responsabilidad del Estado pertenecía al área de derecho privado, razón por la que diversos proyectos de reforma del Código Civil llegaban a contener normas que tenían por finalidad regular la responsabilidad civil del Estado.

Pese a la analogía, hay circunstancias en las cuales resulta imposible aplicar normas del derecho privado, como es, por ejemplo, el caso de la responsabilidad lícita, porque bajo esos supuestos el factor de atribución que justifica el deber estatal de indemnizar no es propio de las relaciones entre sujetos particulares, ya que se basa en la existencia de un sacrificio o daño especial, derivado del quiebre del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (artículo 16 de la Constitución de la Nación Argentina) que el afectado no está obligado a soportar⁷.

Conforme lo anterior, los tribunales y su jurisprudencia fueron creando las bases para la responsabilidad del Estado, principios que dieron por resultado la Ley 26.944, que, conforme su artículo 1, establece que la responsabilidad del Estado es siempre objetiva y

⁷ Perrino, P. (2013).

directa⁸, tal como lo venía afirmando la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹.

Un importante precedente a nivel jurisprudencial que influyó en la nueva Ley de Responsabilidad del Estado es el denominado fallo "Barreto", dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 y que determina básicamente el reconocimiento del derecho de provincias a dictar sus propias leyes de responsabilidad, como también la competencia que posee la Corte Suprema de Justicia de la Nación para conocer de causas en las que se demanda a una provincia.

Así, en la causa Barreto se demanda a la Provincia de Buenos Aires para obtener una reparación patrimonial por los perjuicios sufridos por el señor Barreto a causa del fallecimiento de su hija que se encontraba en medio de un tiroteo entre la policía de la provincia y un delincuente; la responsabilidad demandada se fundamenta en el artículo 1112 del Código Civil¹⁰. La demanda fue interpuesta directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo

⁸ "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

⁹ Los precedentes VADELL, FERROCARRIL OESTE y MOSCA, en donde el máximo tribunal sostuvo que en los supuestos de falta de servicio resulta irrelevante el sujeto actuante y si en su conducta medió culpa o dolo, sino que por el contrario solo interesa saber si el servicio se prestó adecuadamente o no, y en este último caso, el Estado debe responder, citado en: Bollero, J. y Peralta, L. (2016).

¹⁰ "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

uso de lo dispuesto por la Ley 48 que otorga competencia a la Corte para entender en las causas civiles entre una provincia y sus ciudadanos, conforme su artículo primero¹¹. El procurador de la Corte en su dictamen observa que si bien en la demanda se había fijado domicilio en la ciudad argentina de Buenos Aires, del Poder Especial surgía que el actor tenía domicilio en la Provincia de Buenos Aires, por ello y hasta tanto no se aclararan las irregularidades respecto del domicilio de la actora, la causa no se encontraba dentro de la competencia de la Corte.

Por su parte, el máximo tribunal se adhiere a los dichos del procurador, declarándose incompetente. Así, sostiene que debe abonarse la concepción amplia de "causa civil" para entender por vía originaria en todos aquellos litigios entablados contra una provincia por vecinos de esta en los cuales se pretenda obtener indemnizaciones fundadas en la falta de servicio, toda vez que en ellos se encuentran inmiscuidas normas del derecho público local.

Previo al caso Barreto, la Corte distinguía entre los casos en que la responsabilidad surgía de los hechos u omisiones de los órganos

¹¹ "La Suprema Corte de Justicia Nacional conocerá en primera instancia:

1º De las causas que versan entre dos o más Provincias, y las civiles que versen entre una Provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros.

2º De aquellas que versen entre una Provincia y un Estado extranjero.

3º De las causas concernientes a Embajadores u otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos, del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes.

4º De las causas en que se versen los privilegios y exenciones de los Cónsules y Vicecónsules extranjeros en su carácter público".

provinciales y aquellos casos en los que la responsabilidad surgía de un acto emanado de los poderes públicos locales. Basaba esa diferencia en la circunstancia de que no es "causa civil" aquella que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, tienda al examen y revisión de los actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por el artículo 104 y siguientes de la Constitución¹².

A partir de este fallo, la Corte determina que debe entenderse por "causa civil" aquella en la cual se encuentran en juego solo normas de derecho privado, siendo en todos los demás casos competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de cada provincia.

De esta manera se revaloriza la autonomía de las provincias, a quienes la Corte les reconoce la potestad que desde hacía años le negaba, cual es el derecho a que los litigios entablados contra estas en los casos no civiles sean tramitados ante sus tribunales, como así también el derecho a regular su propia responsabilidad atendiendo a su carácter de sujeto de derecho público. Este fallo se encuentra plasmado en el artículo primero de la Ley 26.944, en el cual se establece: "Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la

¹² Thomas, G. (2016).

responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” y en el artículo 11, en el cual se invita a las provincias a adherirse a la ley¹³.

Sin embargo, dicha postura no es unánime. Pérez Hualde¹⁴, por su parte sostiene que, incluso previo al caso Barreto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, como regla general para todos los terrenos, ya en el caso “Pustelnik, Carlos Arnoldo”¹⁵, que la “invalidéz de los actos de derecho público debe enjuiciarse conforme a las normas de la materia ius publicista sin que a ello se oponga la aplicación de las reglas del Código Civil, en cuanto estas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías de aquellos actos”.

De esta manera, ya en el caso concreto toma importancia lo decidido por la misma Corte Suprema en el caso Barreto, cuando sostuvo en su considerando duodécimo que “no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub litese invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos, entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados, aunque contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de

¹³ “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

¹⁴ Pérez Hualde, A. (2015).

¹⁵ Fallos, 293:133.

ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate”.

Así, el autor considera que el fallo fue coherente¹⁶ con las opiniones nacionales que destacan el evidente carácter local que revisten los casos en que el Estado acciona en el campo del derecho público¹⁷ pero también preciso en la ubicación de los principios jurídicos fundamentales del deber de responder. Dicho planteamiento además coincide con planteado en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo reunido en la ciudad de México durante el mes de octubre de 2014, que declaró: “La responsabilidad patrimonial del Estado en el ejercicio de las funciones públicas consiste en un principio fundamental inherente al Estado de Derecho, como consecuencia directa de la sumisión del poder público al sistema normativo y elemento imprescindible para garantizar la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas (...)” y aclaró que “El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un perfil propio y diferente de la disciplina que el Derecho Civil confiere al tema de la responsabilidad patrimonial entre sujetos privados, habida cuenta de la posición vulnerable del ciudadano en su relación con el Estado y la existencia de múltiples actividades estatales que pueden afectar a la ciudadanía. Los requisitos para la configuración del deber estatal de

¹⁶ Nota del autor: Aunque no debe escapar a nuestra atención que, preponderantemente, el fallo se propone estrechar el flujo de causas que le llegan a su seno mediante el trámite de restringir el concepto de “causa civil” a los efectos de la competencia originaria y exclusiva del artículo 117 de la Constitución Nacional.

¹⁷ Nota del autor: Tal fue la interpretación que propiciaron Ernesto Bustelo, Responsabilidad de los entes reguladores, en Pérez Hualde, A. (2006), p. 267. Con anterioridad, el mismo criterio fue expuesto en Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio (2005), pp. 33 y ss.

reparar los daños causados no son los mismos exigidos para generar la responsabilidad patrimonial en los términos del Derecho Privado". Finalmente, el mismo Foro "recomienda que los Estados iberoamericanos establezcan un régimen jurídico específico y autónomo para la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños causados a los particulares, que tenga en cuenta las peculiaridades de la relación existente entre los sujetos privados y el Estado, especialmente: (i) la dificultad del particular de comprobar quien fue el agente público autor de los daños sufridos; (ii) la dificultad del particular para comprobar la culpa o dolo del comportamiento estatal; y (iii) la necesidad de garantizar la solvencia para la reparación de los daños y, por ende, la ejecución de la condena judicial"¹⁸.

2.- Problemas clásicos en materia de responsabilidad del Estado.

Sammartino refiere que el derecho de la responsabilidad del Estado plantea problemas diversos¹⁹, algunos denominados clásicos, al relacionarse con principios del Estado de Derecho, y otros más recientes, al surgir del Estado formal de Derecho al Estado constitucional social de Derecho (o Estado de los derechos fundamentales). Así, dicho autor refiere que se vuelve necesario

¹⁸ Pérez Hualde, A. (2015), p. 7.

¹⁹ Sammartino, P. (2016), p. 522.

barajar la materia sobre las siguientes interrogantes, las que por cierto se encuentran en pleno desarrollo:

a) ¿Cuál es la función de la responsabilidad del Estado? (debatiendo si la responsabilidad estatal opera como garantía patrimonial o como instrumento de control);

b) ¿Qué reglas y principios deben regir la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas? Planteando si la materia se relaciona con el Derecho Público (en particular al Administrativo) o si, en paridad con los particulares, al Estado se lo debe juzgar de acuerdo con las normas de Derecho Privado sobre responsabilidad civil, conforme a las teorías del derecho de daños;

c) ¿A quién le incumbe regular la responsabilidad del Estado?, concretamente preguntarse quién es la autoridad pública competente para establecer el régimen jurídico de la responsabilidad estatal;

d) Si el régimen jurídico de la responsabilidad estatal debe ser único o si, en cambio, puede (o debe) ser plural;

e) Si se aceptara que la responsabilidad patrimonial del Estado es un asunto que atañe de manera predominante al Derecho Administrativo nos interrogamos sobre la proyección de las previsiones

normativas que rigen la responsabilidad civil a la responsabilidad estatal (método de interpretación);

f) ¿La responsabilidad del Estado opera de manera subsidiaria, con respecto a sus funcionarios o agentes, o si, en cambio, se la debe considerar directa?;

g) ¿La responsabilidad del Estado se debe centrar en la idea de culpa del agente o del funcionario (responsabilidad subjetiva) o si la construcción orgánica del régimen jurídico del responder estatal debe examinar la prestación de la función pública, con prescindencia del reproche subjetivo (responsabilidad objetiva)?;

h) El hecho generador que hace nacer la responsabilidad del Estado, ¿se focaliza en la actuación irregular de sus órganos o entes o si, a diferencia de lo que de ordinario ocurre en la responsabilidad civil,

cabe que el Estado también responda por la actividad (formal o material) lícita de aquellos?;

i) Si la responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de la omisión ilegítima se proyecta a supuestos de omisiones estatales lícitas:

j) Si los requisitos que estructuran el supuesto de hecho que origina la responsabilidad extracontractual del Estado coinciden o se diferencian, total o parcialmente, con los de la responsabilidad civil;

k) Los factores de atribución de la responsabilidad estatal, ¿son idénticos, o no, a los de la responsabilidad civil?;

l) En lo relativo a la relación de causalidad los problemas son de distinta índole. Más allá del concepto, se generan interrogantes sobre las funciones que está llamado a cumplir el nexo de causalidad, los criterios que gobiernan la atribución de consecuencias, la prueba, el diferente régimen de la co-causación y el de las concausas, las eximentes, etc.;

m) El derecho de la responsabilidad del Estado plantea el problema sobre si existe algún tipo de interrelación entre el factor de

atribución y la relación de causalidad y si esta interconexión gravita al momento de fijar el alcance de las consecuencias dañosas resarcibles.

3.- Sobre la nueva legislación: El Nuevo Código Civil y Comercial de Argentina.

En sus orígenes, el proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial Argentino contenía en su normativa regulaciones sobre la responsabilidad del Estado, pero, conforme las Provincias y administrativistas, se decidió excluir dichas normas. Fue así que fueron sancionados los artículos 1764, 1765 y 1766 de dicho cuerpo legal²⁰.

Así, el primero de los artículos contiene la exclusión de las normas del Código, pese a que el proyecto contenía en dicha norma la responsabilidad del Estado, indicando que esta sería objetiva y por los daños causados por el accionar irregular de sus funciones. A su

²⁰ Dichas disposiciones hoy determinan:

Artículo 1764: "Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

Artículo 1765: "Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

Artículo 1766: "Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

vez, en el anteproyecto se contenía en ese artículo la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos.

Por su parte, respecto al artículo 1766, en el anteproyecto contenía la regulación de la responsabilidad del Estado por accionar lícito. Sin embargo, como consecuencia puede desprenderse que las normas citadas sustraen la responsabilidad del Estado del Nuevo Código Civil y Comercial, quedando esta solo regulada por la Ley 26.944.

Las aludidas modificaciones se formularon a raíz de un nuevo concepto adquirido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la definición de "causa civil" ya referido en los acápites anteriores. En los fallos "Barreto Alberto Damián c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios" y "Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra s/ Daños y Perjuicios", sin perjuicio de la advertencia realizada por Perez Hualde ya citada, la Corte cede su competencia originaria al entender que se trata de una cuestión de derecho administrativo local, por lo que resultan inaplicables las normas del Código Civil. La Corte entendió que cuando se demanda al Estado nacional o provincial y esté en juego la aplicación de normas de derecho público o derecho privado esta competencia corresponde a los tribunales ordinarios.

Asimismo la Corte estableció que no es suficiente para hacer surgir su competencia el solo hecho de demandar un Estado nacional o provincial sino que es necesario se la demande en forma principal, es decir que no se pueda dictar una sentencia sin su intervención en

el proceso; además, estableció que el poder de policía de seguridad genérico tampoco es suficiente para imputar responsabilidad al Estado, sino que debe probarse que de haber intervenido en tiempo y forma el perjuicio se hubiese evitado. El tercer presupuesto está dado por el incumplimiento a esta obligación del Estado, la cual no debe ser de carácter genérico, sino que es necesario que al Estado nacional o provincial se le impute una obligación concreta.

Así, la nueva Ley de Responsabilidad del Estado establece una responsabilidad objetiva del Estado; esto se traduce en que al evaluarse el daño solo se considera este en concreto, prescindiendo de todo parámetro subjetivo. Antes de esta ley, se recurría al artículo 1112 del Código Civil²¹ produciendo una tortuosa construcción que terminó con la sanción de la Ley 26.944. Además de lo referido, la ley culminó con el debate de la responsabilidad del Estado por acto judicial, estableciendo a este como el único caso de irresponsabilidad del Estado, conforme se analizará más adelante. De esta manera, se generó una evolución desde la referencia directa del artículo 1112 del Código Civil, atribuyéndosele en el caso Barreto un carácter subsidiario en la interpretación del caso a caso.

Al efecto, Balbín²² refiere que la Corte comenzó en los últimos años a cuestionar, sin demasiado convencimiento, el criterio objetivo en términos del artículo 1112 del Código Civil, cuando dijo que en

²¹ "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

²² Balbín, C. (2019), pp. 59-76.

nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar²³.

4.- Características del sistema legal de responsabilidad del Estado.

La norma en comento y que regula la materia a analizar no fue una prioridad para el Congreso argentino, más aun considerando, como se señaló, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación venía haciendo aplicación jurisprudencial conforme a analogía de las normas latamente referidas. Así, no es sino hasta el año 2012 con la presentación del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en que comienza a insertarse la responsabilidad del Estado y del funcionario. Este anteproyecto contemplaba la responsabilidad de los poderes públicos y del funcionario dentro de los supuestos especiales

²³ Friar SA c/Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y otro - CSJN - 26/9/2006, Fallos: 329:3966

de responsabilidad civil; así, a la responsabilidad del Estado le era aplicable el régimen general de Derecho Privado.

En efecto, mucha de esta imprecisión doctrinaria de la primera mitad del siglo XX se debe a que no es sino hasta el año 1967 (cuando se reforma el Código Civil por la Ley 17.711), el artículo 43 prohibía la responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos de sus agentes aunque se pusieran todos de acuerdo, lo cual dificultaba las interpretaciones tendientes a darle entrada al Código Civil, algo que la Constitución de Mendoza ya tenía solucionado en los pretéritos 1895, pero que repercutió a nivel nacional.

4.1.- Las leyes 26.944 y 26.994 (artículos 1764 y 1765) instituyen un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en el ejercicio de funciones públicas.

De esta manera, la normativa conformada por las leyes 26.944 y 26.994 (artículos 1764 y 1765) instituye un sistema legal que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas. A diferencia de otras legislaciones, la Constitución de la Nación Argentina (reformada en 1994) no contiene una cláusula general que establezca el derecho a la indemnización de los daños provocados por la actuación o inactividad de las autoridades públicas. Sin embargo, existen, normas específicas, como el artículo 17 de la Constitución Nacional, que reconoce la garantía patrimonial frente a la

expropiación por causa de utilidad pública²⁴, o el artículo 15 que establece que una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar la declaración constitucional mediante la cual los esclavos quedaban libres desde la jura de la Constitución²⁵.

Por su parte, el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional), prescribiendo lo siguiente: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". Dicha regulación establece un alcance de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida a la reparación de las consecuencias dañosas inferidas a los derechos en los términos establecidos por la ley,

²⁴ "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".

²⁵ "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".

indicando la existencia del derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En el caso de Chile, y solo a modo ejemplar, el artículo 38, párrafo 2, de la Constitución Política de la República establece: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño", fijándose de esta manera un sistema de responsabilidad a nivel de Carta Magna.

Sammartino refiere que con las leyes 26.944 y 26.994 se produce un cambio de sustancial relevancia²⁶. En primer lugar, a través de un cuerpo normativo con rango de ley, se reconoce de manera expresa, general y abstracta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que el genere el Estado mediante su actuación, como también por su actividad lícita, siempre que se compruebe un sacrificio especial en aras del interés público. El reconocimiento legal de esta garantía patrimonial queda explicitado en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley 26.944. Allí se establece que la referida ley "rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas". Ese reconocimiento también opera por conducto de los artículos 1764

²⁶ Sammartino, P. (2016), p. 529.

y1765 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994). Este último prescribe que "la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda". Advierte el autor en comentario que, a diferencia de épocas pretéritas, el régimen vigente de la responsabilidad estatal emana hoy del órgano que, en tanto representante de la voluntad general, tiene asignada la función legislativa, como es el Congreso de la Nación.

Es así entonces como las normas referidas constituyen la reglamentación legal de la garantía patrimonial frente a los daños que produzca el Estado en ejercicio de funciones públicas.

4.2.- La responsabilidad del Estado cumple una función de garantía.

La responsabilidad patrimonial del Estado constituye un principio del Estado constitucional social de Derecho. Su función reparadora tiende a restablecer el equilibrio perdido entre el Estado y el particular a causa de la lesión jurídica inferida a los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas.

Bajo ese orden de cosas, el eje objetivo de este régimen es que la idea de culpa queda ostensiblemente enervada, permitiendo aseverar que la responsabilidad patrimonial del Estado cumple así una función de garantía, asegurando la reparación de una lesión cierta, real, mensurable en dinero, que resulte imputable a la inactividad o a la actuación (activa o pasiva; formal o material) de un órgano estatal

en ejercicio de funciones públicas, encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución previstos legalmente²⁷.

Pese a lo anterior, la responsabilidad estatal no tiene por finalidad hacer del Estado un asegurador universal y anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio, ya que, como lo señala la doctrina administrativista, la responsabilidad del Estado no es una especie de seguro público general²⁸.

4.3.- La responsabilidad del Estado está regulada por normas y principios de Derecho Administrativo, por lo que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda.

Ello conforme el artículo 1 de la Ley 26.944²⁹ y 1765 del Código Civil y de Comercio³⁰.

El Derecho de la responsabilidad del Estado en Argentina posee dos singularidades: su autonomía (científica, jurídica y ahora

²⁷ Sammartino, P. (2016), p. 530-531.

²⁸ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 22/03/2012, "Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios", considerando VII.

²⁹ "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

³⁰ "Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

legislativa) con respecto a la responsabilidad civil, de un lado, y carácter local³¹ (o nacional, según corresponda), de otro.

En congruencia con los artículos 11 de la Ley 26.944³² y 1764 del Código Civil y de Comercio³³, distintas provincias han sancionado sus propias leyes de responsabilidad del Estado, tales como Santa Cruz (Ley 3396 de 2014), Chubut (Ley I-560 de 2015), y Santiago del Estero (Ley 7.179 de 2015).

En Mendoza, la norma que regula la responsabilidad de jueces, magistrados, funcionarios y empleados judiciales corresponde al artículo 228 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza (Ley 9.001), que refiere: "I.- Los jueces, magistrados, funcionarios y empleados judiciales, son personalmente responsables por los daños que causaren por mal desempeño de sus funciones, cuando se demuestre falta de probidad en el uso de sus facultades. Los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado.

II.- En los casos de demanda para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los magistrados judiciales será competente la Suprema Corte Justicia y se sustanciará con el Juez o

³¹ Ello tiene fundamento en el federalismo, la responsabilidad del Estado tiene carácter local o nacional, según corresponda. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que las provincias no le han delegado a la Nación. Bajo ese orden de cosas, los entes autónomos conservan las facultades de autorregulación y autonormación de la responsabilidad estatal.

³² "Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos".

³³ "Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

Jueces a quienes se atribuye la responsabilidad, debiendo concurrir con patrocinio letrado o por intermedio de mandatario.

III.- Al interponerse la demanda, deberá el actor acompañar el depósito en el banco destinado a tal efecto, del dos por ciento (2%) del valor económico del pleito. El depósito no podrá ser inferior a un (1) JUS. En caso de rechazo de la acción, el depósito tendrá el destino previsto en el Art. 47. Quedan exentas de este depósito, las instituciones y personas que gocen de beneficio de litigar sin gastos.

IV.- Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento”.

Conforme se indicó anteriormente, la responsabilidad del Estado tiene sus reglas especiales, que no dicen sólo relación con el Derecho Público nacional o provincial, sino que además requiere la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil en esta materia, conforme se ha aludido.

Las reglas especiales a aplicar varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los poderes estatales con los derechos y garantías de los particulares. Como consecuencia se establece que la competencia para su regulación es local o nacional, según corresponda a la responsabilidad de las autoridades públicas provinciales (o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), o al Estado nacional. El legislador nacional, al discernir correctamente el ámbito de atribuciones nacional y provincial, ha

garantizado adecuadamente la forma de estado federal que consagra la Ley Suprema.

En definitiva, tanto el nuevo Código (artículos 1764 y 1765 del Código Civil y de Comercio³⁴) como la Ley 26.944 asumen que la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que incumbe al Derecho Administrativo, por lo que es un asunto que atañe al Derecho Público. La competencia regulatoria de los poderes nacionales encuentra su límite constitucional en las autonomías provinciales.

4.4.- La Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y de Comercio son una reglamentación que se vincula al Derecho Constitucional en cuanto a la regulación del daño.

La regulación de la responsabilidad estatal a nivel legal tiene como propósito otorgar una respuesta a las consecuencias del desarrollo de las funciones estatales llamadas a satisfacer el bien común. En ese orden de cosas, la reciente Ley 26.944 traduce la configuración normativa de una las variables del Derecho

³⁴ "Artículo 1764. Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

"Artículo 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

Constitucional a no ser dañado (artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina³⁵).

Por muy absurdo que parezca, la nueva ley, al igual que el Código Civil y de Comercio, cumplió el proceso legislativo de formación y sanción de las leyes previsto por la Constitución, siendo producto del órgano constitucional competente para ejercer el poder legislativo, el Congreso de la Nación. El Congreso consideró apropiado sistematizar el derecho a la reparación de los daños resarcibles generados por la actividad u omisión de las autoridades públicas mediante criterios propios de Derecho Público, de acuerdo con las tendencias jurisprudenciales. En las situaciones donde se generaba conflicto respecto a la doctrina jurisprudencial y científica, el Congreso buscó armonizar los derechos e intereses de los particulares con los bienes jurídicos que tutela el interés general.

Así, la Ley 26.944 contempla el caso de lesiones inferidas sin justificación jurídica, variable del responder estatal que nace de la actuación estatal, sea activa o pasiva, irregular (artículo 3³⁶). La norma

³⁵ "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

³⁶ "Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

considera aquel otro supuesto en el que, estando justificada la conducta que origina el daño, el particular no tenga la obligación de soportar la consecuente lesión que la conducta estatal lícita produce sobre su patrimonio o su persona. Es la responsabilidad estatal generada por la actuación legítima del Estado (artículo 4³⁷).

Sammartino así considera que la Ley 26.944 consagra un sistema de responsabilidad extracontractual de Derecho Público abastecido por dos subsistemas claramente individualizados. La singular especificidad que exhiben los factores de atribución reconocidos en la ley (la falta de servicio, para el supuesto de la denominada responsabilidad por actividad estatal ilegítima (artículo 3, inciso d) y el sacrificio especial, en los casos de responsabilidad por actuación lícita del Estado (artículo 4, inciso e) muestra que las construcciones propias del Derecho Administrativo guardan prevalencia sobre las concepciones civilistas³⁸. De dicha forma, uno de los fines de la ley fue consagrar un esquema de ordenación jurídica tendiente a brindar previsibilidad a los particulares y al Estado, fijando con precisión cuáles son los elementos del supuesto de hecho que da origen al deber jurídico de indemnizar,

³⁷ "Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

³⁸ Sammartino, P. (2016), p. 538.

y estableciendo la extensión de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación.

4.5.- Las normas de Derecho Privado que regulan responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica.

El ya referido artículo 1764 del Código Civil y de Comercio establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil "no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria". En el mismo sentido, el artículo 1, párrafo 3, de la Ley 26.944, determina que "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

Los límites que las normativas citadas imponen a la aplicación del Derecho Privado no impide que frente a situaciones no previstas específicamente por la Ley de Responsabilidad del Estado (como señala Sammartino, sucede con las normas relativas al alcance de la indemnización que nace de la responsabilidad estatal por falta de servicio) se proceda a integrar el ordenamiento mediante la interpretación analógica del Capítulo 1, Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial³⁹.

En los fundamentos del proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, se refirió que si bien las disposiciones del Código Civil no son

³⁹ Sammartino, P. (2016), p. 538-539.

aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, "ello no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del Derecho Administrativo"⁴⁰.

Respecto a esta técnica hermenéutica, Reiriz puntualiza que cuando se aplica una norma del Derecho Civil se la integra con los principios y normas del Derecho Administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar⁴¹. Por su parte, Comadira explica que la analogía supone carencia histórica de normas, y que la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. Puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro⁴².

En el caso "Ganadera Los Lagos"⁴³, la ausencia de normas específicas de Derecho Público llevó al Tribunal a aplicar mediante analogía normas del Derecho Civil (en particular el régimen de las

⁴⁰ Fallos: 190:142; 310:1578; 321: 174, entre otros.

⁴¹ Reiriz, M. (1996), p. 225.

⁴² Comadira, J. (2003), pp. 14-15.

⁴³ Corte Suprema de Justicia Nacional, Fallos: 190:142.

nulidades del acto jurídico) al Derecho Administrativo (en lo que respecta al sistema de invalidez de los actos administrativos) mediante una adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del Derecho Público.

De esta forma, frente a la ausencia de normas de Derecho Administrativo, ninguna norma de la ley de responsabilidad del Estado ni del nuevo Código impide la aplicación analógica de las normas de Derecho Privado, ya que para proceder a la aplicación analógica es necesario determinar qué es aquello que la ley permite, habilita, ordena o prohíbe (Sammartino da como ejemplo la improcedencia de hacer nacer una responsabilidad estatal por actividad lícita del Poder Judicial; hacer lugar a una pretensión resarcitoria nacida de un acto nulo sin que se hubiera demandado y obtenido la nulidad de ese acto y ordenar sanciones pecuniarias disuasivas^{44 45}).

4.6.- La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos.

Conforme la tendencia de los fallos que gobernaron esta materia durante la ausencia de una ley específica, la Ley de Responsabilidad del Estado establece en el artículo 1 que la responsabilidad del Estado es objetiva. Por consiguiente, el régimen legal vigente, si bien corresponderá a quien tiene la pretensión indemnizatoria acreditar que

⁴⁴ Sammartino, P. (2016), p. 539-540.

⁴⁵ Mayores cuestiones relacionadas con las restricciones al Imperium en: Aberastury, P. (2014)

la actividad o abstención es imputable a un órgano estatal, no resulta en cambio necesario determinar quién fuere el autor del daño ni demostrar que se incurrió con dolo o culpa. De allí que, a los fines de la configuración de supuesto de hecho previsto en los artículos 3 y 4 de la norma en comento, el reproche subjetivo resulta irrelevante. De esta manera, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad estatal ilegítima, la impronta esencialmente objetiva adoptada en los artículos 1 y 3, inciso d), en tanto garantía a favor del particular, está llamada a enjuiciar concretamente la prestación del servicio, el desarrollo legal de la función estatal, más que la conducta de los agentes. En ese sentido, el Alto Tribunal sostiene que "quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular (...)"⁴⁶.

Hay otros casos donde, en cambio, el factor objetivo de atribución requiere acreditar la concreta presencia de un esfuerzo desigual, desproporcionado, ante las cargas públicas. Por su parte,

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia Nacional, "Cohen", 2006, Fallos: 329:2088, considerando 10.

distinta es la responsabilidad personal del funcionario, donde el factor de atribución es subjetivo.

4.7.- La responsabilidad del Estado opera de manera directa, no subsidiaria.

El artículo 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado establece que esta es directa, por lo que la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios, al no ser ni representantes ni mandatarios del Estado. Los funcionarios y agentes, actuando en el ejercicio de la función, son órganos del Estado. Por ende, lo que ellos realizan se considera que lo hace el Estado mismo y se le imputan a él⁴⁷.

Parellada nos refiere al respecto que se consagra el criterio que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case "Vadell", donde el Alto Tribunal adoptó el criterio que la responsabilidad del Estado es directa, en virtud del art. 1112 del Código Civil y que no era necesario fundarla en el art. 1113 primer párrafo del Código Civil. En el considerando 6º el Tribunal, alterando el criterio que venía consagrando en anterior integración, sostuvo: "no

⁴⁷ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Nacional destaca que "todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para 'querer' en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (CSJN, Fallos: 327:5571; 331:2257)", en CSJN, 11/12/2015, "Universidad Nacional de Rosario c/Entre Ríos, Provincia de s/Amparo (daño ambiental)", citado en: Sammartino, P. (2016), p. 541.

se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas⁴⁸.

En consecuencia, para que se configure el supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, no es necesario que se identifique a un agente determinado.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia del Estado, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas⁴⁹.

El carácter directo de la responsabilidad estatal torna improcedente la responsabilidad del Estado por la actuación de contratistas y concesionarios de los servicios públicos a los cuales se

⁴⁸ Parellada, C. (2014).

⁴⁹ CSJN, Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; CSJN, 12/06/2007, "Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:2748, Causa S.2790. XXXVIII; 2008, "Reynot Blanco c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios", Fallos: 331:1690.

les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (artículo 6⁵⁰).

Para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado constituye un requisito que el hecho generador del daño indemnizable resulte imputable materialmente a un ente u órgano estatal (artículo 3, inciso b, y 4, inciso b). Entre los concesionarios y contratistas y el Estado no existe relación orgánica que permita atribuir la conducta de aquellos a este. Comadira refiere que la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquel y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva afirma que la persona física que expresa la voluntad del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica de modo que al actuar por y para la organización, en la cual se incrusta, permite que esta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, así, su actuación al Estado. Concluye finalmente que los daños causados por los concesionarios o los licenciarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado⁵¹.

4.8.- La reparación surge al alegar y probarse que el hecho que genera el daño se encuentra dentro de uno de los factores de

⁵⁰ "El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

⁵¹ Comadira, J. (2003), p. 374.

atribución que consagra la norma, esto es, falta de servicio o sacrificio especial.

Al respecto, la norma consagra dos subsistemas de responsabilidad, el primero por actividad y omisión ilegítima (conforme a su artículo 3⁵²); otro por actividad lícita (artículo 4⁵³). El elemento fundamental del primer subsistema corresponde al factor de atribución falta de servicio (artículo 3, inciso d); en el segundo, la nota caracterizadora se aloja en el factor de atribución, también objetivo, sacrificio especial (artículo 4, inciso d).

4.8.1.- Breves notas sobre la falta de servicio.

Es del caso que la falta de servicio se presenta como un requisito para que se origine la obligación de indemnizar perjuicios por actividad ilegítima. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la

⁵² "Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

⁵³ "Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

Nación, anterior a la Ley 26.944, sostuvo⁵⁴ que la procedencia del reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debe reunir los siguientes requisitos: que el Estado haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil⁵⁵) o ejecución irregular del servicio⁵⁶, por acción u omisión; que la actora haya sufrido un daño cierto⁵⁷, aunque también en algunos fallos se exigió que el perjuicio fuera actual⁵⁸, y que exista una relación de causalidad (en algunos supuestos se exige que sea directa)⁵⁹ entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁶⁰. Adicional a ello, el artículo 3, inciso d) de la Ley 26.944 establece que los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, refiriendo como tal el daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; una relación de causalidad adecuada entre la actividad o

⁵⁴ CSJN, 2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios", Fallos: 334:376, considerando 3; 2009, "Zonas Francas Santa Cruz c/ EN", Fallos: 332:1367, considerando 6; "Ramos", Fallos: 328:2547, considerando 7.

⁵⁵ Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.

⁵⁶ CSJN, 12/08/2008, "Reynot", Fallos: 331:1690, considerando 6.

⁵⁷ CSJN, 04/10/2011, "Periopontis SA c/ E.N. M° de Economía s/ Daños y perjuicios", considerando 4.

⁵⁸ CSJN, 17/08/2010, "Morrow de Albanesi", Fallos: 333:1404, considerando 7.

⁵⁹ CSJN, 04/10/2011, "Periopontis SA c/ E.N. M° de Economía s/ Daños y perjuicios", considerando 4.

⁶⁰ La CSJN, en Fallos: 328:2509, le asigna al nexo de causalidad el carácter de "presupuesto de la pretensión indemnizatoria". También se ha señalado que aquélla es una condición indispensable para que pueda atribuirse hacer nacer el deber de resarcir, en C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 01/06/2000, "Transporte Río de la Plata c/ EN". Como indicamos en el texto, la relación de causalidad es un elemento indispensable, esencial, del supuesto de hecho que lleva a la indemnizabilidad.

inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; la falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado, y la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Al efecto, el eje central de este primer subsistema reside en el factor de atribución falta de servicio. Según la norma en comento, la falta de servicio está identificada con el irregular cumplimiento de la función pública asignada a un órgano o ente estatal⁶¹.

La Ley 26.944 es precisa en referirse a la falta de servicio, donde no emplea el sintagma "funcionamiento defectuoso del servicio" ni se refiere a una noción de anormalidad; esta se conceptualiza al tenor del artículo 3, inciso d) como una actuación u omisión irregular de parte del Estado. Así, se le vincula a la presencia de una conducta antijurídica, a la falta de legitimidad de la conducta estatal⁶², a una irregularidad en el ejercicio de la función estatal, a la falta de una

⁶¹ CSJN, Fallos: 331:1690, considerando 6. Al respecto, el Tribunal señala: "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (CSJN, Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

⁶² CSJN, "Cohen Eliazar", 2006, Fallos: 329:2088, considerando 10.

regular prestación, a la violación frente a las obligaciones del servicio regular⁶³.

De esta manera, para determinar si se configura la falta de servicio se debe examinar el sistema normativo dentro del cual se encauza la actividad a la que se le imputa el daño y, desde allí, realizar un juicio de comparación entre la concreta actuación o abstención y el régimen jurídico específico que rige la función estatal⁶⁴.

De esta manera, la falta de servicio se asocia al irregular ejercicio de la función estatal, la cual se puede manifestar a través de una actuación, sea material, sea formal (activa o pasiva). Unas y otras pueden dañar derechos o intereses disponibles (esencialmente patrimoniales) o indisponibles (como la vida, la salud y todo aquel otro que ponga en juego, de manera directa, el principio de dignidad).

Así, la falta de servicio por actuación formal activa se presenta cuando la autoridad pública emite un acto administrativo que revoca, de manera ilegítima, otro acto anterior por el cual se autorizó la realización de una actividad comercial o industrial; en cambio existe falta de servicio nacida de una actuación formal pasiva cuando se emite un acto administrativo que deniega aquello que, jurídicamente, corresponde otorgar. Este último supuesto de falta de servicio por actuación formal pasiva no se confunde con la omisión. Ello es así pues en esta (omisión) existe abstención de hacer aquello que está

⁶³ CSJN, 08/10/2013, "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y perjuicios". En este caso se examinaba si existió incumplimiento en el deber de seguridad por parte del Estado.

⁶⁴ Sammartino, P. (2016), p. 546.

jurídicamente preestablecido. En la actuación formal pasiva, en cambio, hay declaración, existe un proceso intelectual previo, pero el contenido del acto es indebidamente denegatorio. La falta de servicio por omisión también puede ser material (inobservancia de un deber jurídico determinado a cargo del Estado basado en una concreta obligación preexistente de proveer a la seguridad) o formal (no pronunciarse, previa solicitud de pronto despacho, en tiempo útil)⁶⁵.

Se ha sostenido por el Alto Tribunal que para considerar responsables al Estado o sus organismos por falta de servicio no basta con enumerar una serie de actos o conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama⁶⁶. De esta manera, la falta de servicio requiere cumplir con la carga de individualizar las circunstancias del caso que la hicieran posible, la actividad que se reputa como irregular, describiendo de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo.

En lo que respecta a la falta de servicio nacida de la inactividad estatal, el artículo 3, letra d), de la Ley de Responsabilidad del Estado establece que la omisión "solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado". De esta forma, la falta de servicio por omisión asume como presupuesto que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo, debiendo demostrarse que esa abstención configura

⁶⁵ Sammartino, P. (2016), pp. 546-547.

⁶⁶ CSJN, "Friar", Fallos: 329:3966.

un incumplimiento, total o parcial, de una norma; requiriéndose entonces demostrar que existe una abstención de realizar una actividad establecida por una norma u otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria. Así, cuando el artículo 3, letra d) se refiere al "deber normativo de actuación", lo que busca es resguardar el principio de juridicidad, en su condición de encargo jurídico de actuación.

4.8.2.- Breves notas sobre el sacrificio especial.

En segundo lugar, entendido como subsistema, atañe a la responsabilidad por actividad legítima. En este ámbito el factor de atribución adoptado por la ley de responsabilidad del Estado es acorde a la jurisprudencia anterior a la norma⁶⁷, refiriéndose al sacrificio especial.

El artículo 4, letra e), presenta a este factor de atribución como un padecimiento "diferenciado" en relación con el "que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido". La idea de sacrificio especial en favor del interés público genera la idea de un perjuicio específico, grave y anormal, exigiendo la existencia de una actividad válida del Estado que produzca un

⁶⁷ CSJN, "Columbia", Fallos: 315:1031.

perjuicio particular desproporcionado para alcanzar finalidades de interés general o colectivo⁶⁸.

La norma sobre responsabilidad del Estado requiere que para que se configure el hecho que origina la indemnizabilidad por la actividad estatal legítima se debe alegar y probar que existe un supuesto de sacrificio desigual. De esta manera, el damnificado debe exhibir un perjuicio especial, cual fuere que su situación recibió un tratamiento especialmente desfavorable⁶⁹.

En este ámbito, la calificación excepcional que le brinda el artículo 5 de la norma en comento⁷⁰ a la responsabilidad por actividad estatal legítima dice relación con la idea de lo que es general, aludiéndose a que la actividad jurídicamente justificada no es indemnizable. En el Derecho Público, ello se produce cuando se verifica un sacrificio especial, como lo califica la Ley 26.944; esto es, cuando se comprueba que una actuación estatal lícita origina a una persona determinada un padecimiento (afectación de un derecho

⁶⁸ CSJN, Fallos: 316:406. En "Los Pinos", Fallos: 293:617, donde la Corte federal señaló que el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad no es propio que sea soportado únicamente por aquella, de lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución.

⁶⁹ Paillet, M. (2001), p. 221.

⁷⁰ "La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

adquirido) que resulta desproporcionado con respecto al resto de los miembros de la comunidad.

Así, el Alto Tribunal se refiere a la responsabilidad por la actividad lícita del Estado indicando que "no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad"⁷¹; ante ello, la norma es acorde a la línea jurisprudencial que le precede.

El sacrificio especial como factor de atribución objetivo de la responsabilidad por actividad legítima del Estado alude a la idea de especialidad del daño, refiriéndose a un padecimiento jurídicamente relevante que resulta desigual con respecto al conjunto social. De esta forma, la ley asume la doctrina jurisprudencial en cuanto considera al "sacrificio especial" como la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad⁷².

Por su parte, la ponderación del "sacrificio especial" exige valorar la idoneidad y necesidad del padecimiento que sufre la persona conforme a los fines de interés público perseguidos por el acto estatal que lo produce, esto es, con las necesidades sociales que la ley, el acto o el hecho están llamada a satisfacer y con magnitud de los bienes jurídicos comunes que la medida viene a proteger, de tal manera que

⁷¹ CSJN, 15/05/2014, "Malma Trading SRL c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ Proceso de conocimiento", en JA 2014-III-233.

⁷² CSJN, "García", Fallos: 315:1892.

la concurrencia de este factor atañe como deber implícito el observar los subprincipios de idoneidad y necesidad.

4.9.- La relación de causalidad como requisito indispensable del hecho que genera la obligación de indemnizar (artículo 3, letra c, y artículo 4, letra c, de la Ley 26.944) está llamada a cumplir una doble función.

La relación de causalidad es un requisito indispensable⁷³ y autónomo del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado, tal es así que se refieren a esta el artículo 3, letra c)⁷⁴, artículo 4, letra c)⁷⁵, y artículo 2⁷⁶ de la Ley 26.944.

La relación de causalidad constituye un vínculo externo y objetivo entre el daño y el hecho que lo genera, principalmente. Sin embargo, un examen más acucioso permite considerar la relación de causalidad como el elemento que liga la actividad u omisión estatal, conforme a alguno de los factores de atribución previstos por la norma, con el

⁷³ Así lo señala la CSJN en 21/11/2000, "Syntex SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario", Fallos: 323:3765, considerando 6. La CSJN lo califica al nexo causal como recaudo "ineludible" (2009, "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ EN", Fallos: 332:1367, considerando 6). En Fallos: 328:2509, se le reconoce la condición de "presupuesto de la pretensión indemnizatoria".

⁷⁴ Que establece que es requisito para que nazca la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima "la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue".

⁷⁵ En cuanto a la responsabilidad por actividad legítima, dicho artículo dispone que debe existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

⁷⁶ Este artículo establece las causales de exención de responsabilidad, entre las que se contempla los daños y perjuicios que se deriven del caso fortuito o fuerza mayor y los daños producidos por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

daño jurídico, es decir, con las consecuencias que son imputables al hecho generador. En ese entendimiento, creemos que la relación de causalidad como elemento indispensable del supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado se presenta como el genético vínculo de conectividad que liga un cambio jurídicamente relevante del mundo externo, denominado "daño" (entendido como un menoscabo o lesión a las relaciones de utilidad o disponibilidad que tutela un derecho o interés), con un suceso antecedente (también jurídicamente relevante) denominado "hecho generador" (obrar, simple o complejo, activo o pasivo, material o formal, imputable a un ente u órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas) subsumible en algún "factor de atribución" habilitado por la ley aplicable: falta de servicio (artículo 3 inciso d) o "sacrificio especial" (artículo 4 inciso c)⁷⁷.

Además de lo anterior, la relación de causalidad establece el alcance de las consecuencias dañosas que corresponde imputar, conforme los fines de la reparación. De esta forma, en lo que respecta a la responsabilidad del Estado en comento, las dos funciones de la relación de causalidad (en lo que respecta a determinar el vínculo de conectividad y la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles), dependen de la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

Así, el daño será reparable al estar comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas, para ese supuesto, al autor de la actuación u omisión imputada. En ese orden, la ley en comento consagra la tesis por la cual el factor de atribución modula el

⁷⁷ Sammartino, P. (2016), pp. 555-556

alcance de las consecuencias dañosas atribuibles al hecho generador. La articulación funcional entre ambos elementos (factor de atribución y relación de causalidad) determina, en cada caso, que la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública extenderá o reducirá su radio de acuerdo a que el supuesto de hecho que origina la responsabilidad repose en la "falta de servicio" o en el "sacrificio especial".

Mientras en el subsistema de responsabilidad por actividad ilegítima, el artículo 3, letra c), establece que debe existir "relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue"; en lo que atañe a la responsabilidad por actividad estatal lícita, el artículo 4, letra c) exige una "relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño"⁷⁸. De esta forma, se advierte que para supuestos de responsabilidad por actividad ilegítima, el legislador, conforme a la tendencia jurisprudencial, adoptó la teoría de la causalidad adecuada (artículo 3, letra c, de la Ley 26.944). Al respecto, se ha señalado que adecuación quiere decir adaptación, de manera tal que el efecto debe ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos.

En lo que respecta al concepto de "causalidad adecuada", este implica regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal,

⁷⁸ Sammartino, P. (2016), p. 556

la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente⁷⁹. A modo de síntesis, para esta teoría, causa es aquella que entre todas las que concurren ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Si bien en algunas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁸⁰, la doctrina judicial anterior se inclinaba por la causalidad adecuada.

Conforme el artículo 3, letra d) de la Ley de Responsabilidad del Estado, la configuración del que origina la responsabilidad estatal ilegítima exige acreditar el factor de atribución falta de servicio. Es posible entonces advertir que el nexo de causalidad en la responsabilidad nacida de la falta de servicio por omisión exhibe algunas singularidades⁸¹. En estos supuestos, para que se configure la relación de causalidad es menester acreditar que, de haberse cumplido la actuación establecida de manera determinada en la norma, el daño no se hubiera producido. Así, corresponde a quien postula la pretensión indemnizatoria demostrar que, previsiblemente, según el curso ordinario y natural de las cosas, mediante la observancia del deber normativo de actuación (expreso o incluido implícitamente en la

⁷⁹ C. Apel. Civ. y Com. N° 3 La Plata, Sala 3, 28/03/ 2006, "Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios".

⁸⁰ CSJN, 2011, "Baeza", Fallos: 334:376; 2008, "Reynot", Fallos: 331:1690, considerando 6; "Ramos", Fallos: 331:1690.

⁸¹ Perrino refiere que la acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión. En Perrino, P. (2015).

misma norma y determinado), las consecuencias dañosas que se le atribuyen a la inactividad estatal se habrían evitado.

En definitiva, para que opere la relación de causalidad en el caso de responsabilidad por omisión es necesario, en primer lugar, que el órgano se abstenga de actuar; en segundo término, que esa abstención, ese dejar de hacer o de ejecutar algo colisiona y se contrapone al mandato jurídico de actuación preestablecido de modo expreso (o implícitamente incluido dentro de lo expreso) en la norma o en otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria frente a terceros, y, finalmente, que de haberse realizado la conducta prescrita por la norma la lesión sobre la relación de utilidad protegida por el derecho o interés no se habría producido⁸².

Por su parte, la conducta del damnificado se puede convertir en causa exclusiva o no exclusiva del daño; en el primer caso, se exime de responsabilidad al órgano, mientras que en el segundo, la limita. Para que el hecho de la víctima interrumpa la relación de causalidad debe haber sido causa adecuada y exclusiva del daño. Ahora, si la conducta del damnificado tiene solo incidencia parcial en la producción del resultado, habrá pluralidad de agentes causales que determinará la reducción del monto indemnizatorio puesto que el órgano imputado solamente debe cargar en proporción a su exclusivo aporte causal.

Sammartino⁸³ refiere que, en lo que concierne a la materia de estudio, la jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 registró distintos

⁸² Sammartino, P. (2016), p. 560.

⁸³ Sammartino, P. (2016), p. 564.

pronunciamientos a considerar; por ejemplo, en "Gómez", sentencia del 30 de junio de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación eximió de responsabilidad a la Administración tras advertir que no hubo relación de causalidad directa e inmediata entre el procedimiento legítimo llevado a cabo por el agente oficial y el daño sufrido por el actor. El daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse provocando el enfrentamiento policial que derivó en un disparo del agente que impactó en la espalda del actor produciéndole una lesión gravísima. Se observa así un supuesto de eximición total de responsabilidad por acto del damnificado, determinante de una ruptura del nexo causal.

En "Ramos"⁸⁴, si bien estaba acreditado el perjuicio (daño psíquico de la demandante por la muerte de su hijo), el Alto Tribunal desestimó el reclamo por ese rubro por cuanto el evento no era atribuible a la falta de servicio de la autoridad administrativa. Se sostuvo que el origen de la muerte era imputable a la imprudencia de la propia víctima que se arrojó al río en un balneario de la provincia de Córdoba en una época en la que no está legalmente previsto la presencia de bañeros (el hecho acaeció en noviembre y la norma obligaba al municipio a proveer bañeros desde diciembre). En este

⁸⁴ CSJN, Fallos: 328: 2547.

caso estamos frente a la ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima.

Por otro lado, el artículo 2, letra b)⁸⁵ de la Ley 26.944 consagra como eximente de responsabilidad que el daño tenga su origen en el hecho de un tercero, tercero por el cual el Estado no debe responder. El fundamento de esta exención remite a la ausencia de nexo causal. En tal supuesto la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el tercero, que es en definitiva el sujeto en relación con el cual se podrá efectuar la imputación.

En lo que dice relación con el caso fortuito y la fuerza mayor, estos constituyen factores extraños con aptitud para provocar la interrupción del nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño⁸⁶. Son un obstáculo para la indemnización del damnificado⁸⁷. Estos se configuran cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente. El *casus* determina la ausencia de responsabilidad por defecto del nexo causal. El artículo 1730 del Código Civil y de Comercio lo regula del siguiente modo: "se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito

⁸⁵ "Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: (...)

b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder".

⁸⁶ CSJN, Fallos: 306:1413 y C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 29/06/2005, "F., S. O. y otro c/ Estado Nacional", considerando II.

⁸⁷ CSJN, 20/09/1984, "Sánchez Granel", Fallos: 306:1409, considerando 6.

o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 26.944 establece los requisitos que estructuran el supuesto de hecho de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado; al efecto, algunos requisitos son comunes a la responsabilidad por actividad ilegítima. Al respecto, deberá acreditarse que existe un daño cierto y actual⁸⁸, debidamente acreditado por quien lo invoca⁸⁹ y valuable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva⁹⁰ entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño⁹¹, y sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido. En congruencia con la doctrina jurisprudencial, el artículo 5⁹² califica la responsabilidad por actividad lícita como “excepcional”.

Conforme el factor de atribución, la ley de responsabilidad del Estado establece regímenes diversos respecto a las consecuencias

⁸⁸ CSJN, “Tejeduría Magallanes”, Fallos: 312:1656, considerando 11; 15/08/1995, “Revestek”, considerando 6.

⁸⁹ CSJN, Fallos: 328: 2654.

⁹⁰ CSJN, 1989, “Ledesma”, Fallos: 312:2022, considerando 16; 28/07/2005, “El Jacarandá”, Fallos: 328:2654, considerando 9.

⁹¹ CSJN, 15/05/2014, “Malma Trading SRL”, considerando 10.

⁹² “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

dañosas resarcibles. Así, la norma no fija normas relativas al alcance de la reparación de los daños generados por actuaciones u omisiones del Estado subsumibles en el factor de atribución falta de servicio; por consiguiente, respecto la responsabilidad por actividad ilegítima cabe la aplicación analógica de las reglas pertinentes del Derecho Privado vigentes al momento de resolver. De esta manera, conforme a la interpretación que se le dé, se deben adaptar los criterios de reparación que se originan en acciones u omisiones que no están justificadas, es decir, que nacen de conductas antijurídicas (conforme el artículo 1717). En ese entendimiento, la reparación del daño que nace de la actividad ilegítima del Estado dará lugar la reparación plena, según estatuye el artículo 1740, de aquellas consecuencias que guarden nexo adecuado de causalidad con el hecho generador del daño (según dispone el artículo 3, letra c, de la ley de responsabilidad del Estado, y el artículo 1726 del Código Civil y de Comercio). Como premisa general entonces corresponderá la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

La doctrina del alto Tribunal puntualiza, en este sentido, que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral⁹³.

Sin embargo, todo el sistema legal y los principios inspiradores del sistema constitucional no son más que inspiraciones entregadas por el Derecho Romano hace más de 2000 años^{94 95}; principios universales como son aquellos contenidos en la "*tria iuriae praeceptae*" que establecen el "*honeste vivere*", el "*alterum non laedere*" y el "*suum quique tribuere*".

Por su parte, en materia de responsabilidad por actividad legítima, la norma de responsabilidad del Estado prescribe un régimen especial y propio de Derecho Público que excluye la aplicación del Código Civil, disponiendo que le son atribuibles al Estado aquellas consecuencias que guarden una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (artículo 3

⁹³ Fallos: 324:2972; y Fallos: 326:232.

⁹⁴ Pérez Hualde, A. (2015), p. 3.

⁹⁵ Nota del autor: Refiriéndose al fundamento de la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, destaca Trigo (2014) que: "El mismo se encuentra estricto sensu, tanto en el Derecho Público como en el Privado, en el deber general de obediencia a la ley y observancia de lo que ella dispone, consistente en definitiva: en no dañar a los demás; o sea el "*alterum non laedere*" de la compendiosa fórmula de Ulpiano. Por lo que el Estado, que es quien ha sentado dicho principio, ha de ser también, sin duda, el primero en respetarlo".

letra c); a su vez, la ley establece que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (artículo 5).

Tanto en materia de causalidad como en lo relativo a la extensión del resarcimiento, la ley mantiene así una de las líneas jurisprudenciales que gobierna esta materia.

El artículo 5 de la norma en comento tuvo en consideración la posición asumida por la jueza, Dra. Highton, en la causa "El Jacarandá"⁹⁶, y "Malma" (2014) como así también la doctrina labrada por el Alto Tribunal en otros precedentes ("Motor Once", "Cantón", "Laplacette", entre otros). La solución adoptada, en tanto excluye el lucro cesante, guarda congruencia con otras normativas que regulan el responder por la actividad legítima del Estado.

El esquema causal del artículo 4, inciso 3, es claro en referir cómo la extensión de resarcimiento (artículo 5) quedó sometido a lo que la doctrina extranjera denomina reserva de lo posible. De esta forma resulta evidente que las normas ponderaron no solo la pretensión individual de quien reclama la reparación de una lesión patrimonial derivada de la actuación lícita del Estado⁹⁷, sino también la situación del Tesoro y la repercusión del supuesto excepcional de responsabilidad sobre quién es el legitimado pasivo indirecto al que se refiere la Corte Suprema de Justicia Nacional en el fallo "Q", de 24 de

⁹⁶ CSJN, Fallos: 328:2654.

⁹⁷ Fallos: 322:2686, voto Moliné O'Connor, Boggiano y López.

abril de 2012, esto es, el resto de la comunidad que soporta la carga y reclama la satisfacción de otros derechos.

Por cierto, en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita de los poderes del Estado, frente a situaciones particulares el legislador está habilitado para establecer, con la pertinente reserva presupuestaria, que los daños patrimoniales que deriven de la aplicación de sus productos normativos (leyes) satisfagan de modo pleno el daño emergente y el lucro cesante de aquellas consecuencias dañosas que guarden nexos adecuados de causalidad. Ello es así pues, en relación con los actos estatales de naturaleza legislativa, no rige el principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Particular situación resulta cuando el perjuicio patrimonial nacido de la actividad lícita, encuadrable en el factor de atribución sacrificio especial, se conforma de manera exclusiva o principal con el lucro cesante⁹⁸. En esta especial circunstancia, el principio general de no admitir el lucro flexibiliza su alcance pues excluir totalmente dicho rubro (lucro cesante) significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad⁹⁹. Acorde a lo anterior, en aquellos excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera impactar en los derechos humanos indisponibles a la persona, no cabe duda que el referido artículo 5 deberá ser interpretado según los instrumentos internacionales de

⁹⁸ C. Nac. Civ, Sala F, "Elías, Julio y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", JA 2000-IV-520.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/11/89, "Jucalán Forestal", LL, 1990-II-511, voto Dr. Bacqué.

protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte Internacional de Derechos Humanos. También, en el ámbito de los derechos humanos indisponibles, entendemos que resulta predicable extender, por vía de la analogía, el principio consagrado en el artículo 1743 del Código Civil y de Comercio¹⁰⁰, en cuanto considera inválidas las limitaciones a la obligación de indemnizar cuando está en juego la afectación de derechos indisponibles. Así, aun cuando la norma está destinada a cuestiones convencionales de carácter privado, parece razonable sostener que la indemnización de los daños generados por la actividad lícita del Estado sobre un derecho fundamental debe ser plena.

Por otro lado, hay que distinguir dentro de la actividad lícita aquella desarrollada en el marco contractual. En efecto, el precedente "Jacarandá"¹⁰¹, y siguiendo a Balbín¹⁰², indica que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares, cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros). También ha dicho esta Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente

¹⁰⁰ "Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles".

¹⁰¹ "El Jacarandá SA c/Estado Nacional" - CSJN - 28/7/2005, Fallos: 328:2654

¹⁰² Balbín, C. (2019).

se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (...) es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue. La extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas. Y, finalmente, sin perjuicio de los argumentos antes expuestos, el Tribunal adujo que en el presente caso no se probó una concreta

privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas.

Una vez analizadas las principales aristas de la responsabilidad del Estado argentino, corresponde entonces revisar las disposiciones del país vecino, Chile.

CAPÍTULO II:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE.

La Constitución Política de la República de Chile establece uno de los elementos estructurales de la noción de Estado de Derecho, cual es el principio de legalidad. En sus artículos 6¹⁰³ y 7¹⁰⁴ se establece que todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad civil y política, incluyendo a los órganos del Estado, deben someter su actuar con sujeción tanto a la Constitución y a las leyes. Estas disposiciones tienen sentido en la medida que se genere cierta responsabilidad por infracción al mandato de sujeción al Derecho, ya que, por contrario, si el ordenamiento jurídico no contemplara

¹⁰³ "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

¹⁰⁴ "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

consecuencia alguna por su infracción, carecería de absoluta vigencia la noción de Estado de Derecho.

De esta forma, el Estado es responsable de todas aquellas actuaciones que generen responsabilidad a raíz de una vulneración al principio de legalidad.

La aplicación al fundamento de la responsabilidad del Estado de la Constitución Política de la República aparece como alternativa a la hora de revelar el motivo por el cual el Estado administrador habrá de responder frente a la persona lesionada. Pese a lo anterior, hay dos normas que determinan el contenido de ésta.

En primer lugar, tenemos el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, que señala: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". En segundo lugar, el artículo 44 de la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que precisa "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

La doctrina administrativista chilena concuerda en que los requisitos para que proceda la responsabilidad del Estado son: (i) La existencia de una actividad (actos, hechos u omisiones) realizada por

un órgano del Estado; (ii) existencia de una causa o relación causal entre esta actividad y el resultado dañoso; y (iii) la existencia de una lesión o menoscabo en los derechos de la víctima.

Actualmente, la doctrina no discute la aplicación del artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República como tampoco del artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; sin embargo, las discrepancias entre doctrina y jurisprudencia se dan al cuestionar el rol que cabe a cada uno de estos artículos, esto es, el matiz que se le otorga en su análisis. De esta forma, la preeminencia de la Constitución como fuente jurídica sustantiva y vinculante, o bien la especificidad y deferencia al legislador son algunos de los factores que aparecen para legitimar el carácter de responsabilidad objetiva o subjetiva¹⁰⁵.

De esta manera, hay que tener presente que en lo que concierne al Estado, no se aplican las normas que se utilizan en el ámbito de la relación entre particulares, ya que de las actuaciones del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas, normativas o de servicio, surge una relación distinta a la que sobreviene de los particulares en el ámbito privado. Es decir, el Estado actúa desde un plano distinto, toda vez que la responsabilidad tendrá como antecedente una conducta de un ente que se encuentra en una relación vertical o "de supra ordenación respecto de la otra"¹⁰⁶. Cabe considerar además que el

¹⁰⁵ Enteiche, N. (2011), p. 111

¹⁰⁶ Barros, E. (2006), p. 481.

Estado constantemente está limitando o restringiendo los derechos de las personas en aras del bien común, por lo tanto para determinar si ha surgido la obligación de responder por parte del Estado debemos aplicar distintas reglas a las que aplicaríamos en las relaciones entre particulares.

Pierry Arrau señala en efecto que "el comienzo del desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia, lo dio el célebre fallo 'Blanco' del Tribunal de Conflicto de 8 de febrero de 1873 en el cual se estableció 'que la responsabilidad que puede incumplir al Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares'"¹⁰⁷.

Sin embargo, el régimen de responsabilidad extracontractual aplicado a las relaciones de los particulares (regulado por el Código Civil) es un estatuto general y supletorio respecto de las normas de responsabilidad, por lo que en lo no regulado y siempre que este sea compatible, se aplicará respecto de la responsabilidad del Estado. Por lo mismo, haremos una breve exposición de los elementos que se deben configurar para que surja responsabilidad, basándonos en el Código Civil, ya que de acuerdo a lo anterior y en circunstancias que dichos elementos no se encuentran regulados por el Derecho Público,

¹⁰⁷ Pierry, P. (2002).

estos son plenamente aplicables, con las diferencias que iremos desarrollando.

De esta manera, los elementos requeridos para que se configure responsabilidad extracontractual se traducen en que sea un hecho desplegado de manera libre por una persona capaz, realizado ya sea con dolo o negligencia. A partir de dicha conducta, se debe haber producido un daño que haya sido sufrido por el demandante. Consecuencia lógica de lo anterior, para que surja la obligación de responder deberá existir entre el hecho y el daño sufrido una relación de causalidad.

En relación a dichos elementos, Enrique Alcalde Rodríguez destaca que "la existencia del dolo y la culpa, si bien son necesarios para generar responsabilidad delictual o cuasidelictual, no son suficientes. Ello porque la responsabilidad requiere algo más, a saber: que se pueda formular un juicio de reproche personal contra el autor del daño. Dicho juicio de reproche, que viene a denominarse culpabilidad, supone que el sujeto a quien se achaca la acción u omisión dolosa o culposa, se hallaba en condiciones tanto de comprender la ilicitud de su actuar como de ejecutar una conducta alternativa que no cause daño. De otra manera no se comprendería,

entre otras cosas, porque la ley declara que ciertas personas son incapaces de cometer delito o cuasidelito civil”¹⁰⁸.

Respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado, lo anterior se vincula en el sentido que el Estado será responsable solo en la medida que la falta de servicio le es atribuible¹⁰⁹.

En lo que concierne a los títulos de imputación, la doctrina y jurisprudencia chilena mayoritariamente reconoce que por regla general, en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, el título de imputación aplicable es la falta de servicio, descartándose que nuestro sistema jurídico reconozca la responsabilidad objetiva, salvo ciertas excepciones; por ejemplo, respecto de la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público, se ha determinado un título de imputación especial, específico y más exigente en atención a las funciones que deben ejercer los agentes del Ministerio Público.

A modo de síntesis, el fundamento de la responsabilidad del Estado puede entonces resumirse¹¹⁰:

(i)Algunos señalan que es objetiva o absoluta, pues no se requeriría de algún título de imputación;

(ii)Mientras otros señalan que es perentoria tal cuestión, haciéndola recaer en la culpa del Código Civil, o bien en la falta de

¹⁰⁸ Alcalde, E. (2013).

¹⁰⁹ Wigg refiere que “(...) se demostrará que nuestra doctrina y jurisprudencia nacional mayoritariamente reconoce que por regla general, en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, el título de imputación aplicable es la falta de servicio, descartándose, que nuestro sistema jurídico reconozca la responsabilidad objetiva, salvo ciertas excepciones”, véase Wigg, I. (2015), p. 64.

¹¹⁰ Extraído de Wigg, I. (2015), p. 77.

servicio, como un título atributivo aplicado al modo en que se hace en Francia.

No obstante las discusiones que pudieran existir, lo importante a tener presente respecto del tema en estudio es que en lo no regulado por el artículo 5 de la Ley del Ministerio Público se aplica supletoriamente el régimen general de responsabilidad del Estado.

Más allá del análisis de la responsabilidad del Estado de manera amplia, nos abocaremos al objeto de estudio en su oportunidad, cual es la responsabilidad del Estado atinente al Ministerio Público, toda vez que, diferente al caso argentino, en Chile existe norma expresa para el particular.

5.- Responsabilidad del Estado por actuaciones del Ministerio Público.

5.1.- Ministerio Público.

La historia del Ministerio Público en Chile tiene una trayectoria institucional mucho más extensa de lo que se expondrá en las próximas líneas. Desde la monarquía a la república se distinguen tres fases funcionales, donde prima, sin perjuicio de otras, una labor característica: la defensa de los intereses del Rey en los vastos

territorios del Nuevo Mundo, arco de referencia que da desde el siglo xvi hasta comienzos del siglo xix.

Ya en el siglo xix, con la desarticulación de la monarquía Hispano-Indiana y la organización de la república, el Ministerio Público asume, primeramente, la defensa de los intereses de la sociedad y, en segundo lugar, la de los intereses del Estado. Muta entonces su función. La organización conforme a la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 marca los primeros atisbos de declive. Sin entrar en detalles¹¹¹ la figura del Ministerio Público se torna cada vez más estrecha, en cuanto a competencias encomendadas. La estocada final se le da en el año 1923, cuando se suprime, aduciendo razones económicas, la figura del Promotor Fiscal. De ahí en adelante, pervive la figura del Fiscal con facultades muy medradas, hasta la reforma del nuevo sistema procesal penal, en la que se le cambia de nombre al de Fiscalía Judicial, reservándose el de Ministerio Público al nuevo órgano constitucional.

El artículo 83 de la Constitución chilena se refiere a este, disponiendo que "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para

¹¹¹ Para un mayor análisis de la historia del Ministerio Público en Chile vease a Barahona Gallardo, Claudio y Otros "El Ministerio Público y el Fiscal en Chile. Notas para el estudio de su historia institucional" (2010).

proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Así, el Ministerio Público corresponde a un organismo creado a propósito de la reforma procesal penal a fin de investigar y perseguir los hechos constitutivos de delito.

Dada la relevancia de las funciones que el Ministerio Público desempeña, la ley se ha encargado de establecer un estatuto de responsabilidad especial, diverso al régimen aplicado respecto de la responsabilidad del Estado propiamente tal.

Dilucidar cuál es la responsabilidad que se puede imputar al Estado en lo relativo a las actuaciones del Ministerio Público se orienta más bien a un tema práctico, ya que su aplicación concierne a la población en general, considerando que son diversas las personas que son sometidas a investigaciones que finalmente no cuentan con suficientes antecedentes, o respecto de las cuales se determina claramente la inocencia del imputado. Bajo ese orden de cosas, debe determinarse si, quienes han arribado a tales lamentables conclusiones, pueden perseguir al Estado por actos del Ministerio Público; y en caso afirmativo, cuáles serán los casos respecto de los cuales se podrá hacer efectiva esta responsabilidad.

Así, existen diversas problemáticas y oscuridades que surgen del estudio de la responsabilidad de este organismo, especialmente considerando las características que reviste este órgano, en particular su autonomía, y las reglas especiales de responsabilidad a las cuales se encuentran sometido este organismo público, cuestión que

analizaremos en la presente investigación, desarrollando el estatuto especial de responsabilidad del Estado por actuaciones del Ministerio Público, poniendo especial énfasis en el título de imputación, a saber, las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias. Ello no sin previamente hacer un breve análisis al órgano como tal.

5.2.- Organización del Ministerio Público.

El artículo 84 de la Constitución Política¹¹² ha encomendado a una Ley Orgánica Constitucional determinar la organización y atribución del Ministerio Público. Sin embargo, esta norma no precisa, por ejemplo, cómo se distribuirán los casos entre fiscales, ni tampoco señala qué es lo que debe hacer un fiscal al tomar conocimiento de la perpetración de un delito: si es que bien debiera iniciar la investigación inmediatamente o, en su defecto, cómo debiera proceder. Tampoco se pronuncia respecto a cómo se llevarán a cabo las medidas de protección de testigos y víctimas. No obstante lo anterior, todas estas

¹¹² "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público, señalará las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento y las causales de remoción de los fiscales adjuntos, en lo no contemplado en la Constitución. Las personas que sean designadas fiscales no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Los fiscales regionales y adjuntos cesarán en su cargo al cumplir 75 años de edad.

La ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo".

materias son reglamentadas por el Fiscal Nacional en virtud de la potestad administrativa de la cual goza¹¹³.

Pese a ello, existe una estructura jerarquizada del Ministerio Público. Así, en primer lugar tenemos la Fiscalía Nacional, que lidera el Ministerio Público, dirigida por el fiscal nacional; luego encontramos las fiscalías regionales y finalmente los fiscales adjuntos, que son los encargados de concretar el mandato constitucional en el orden práctico. Además existen otros funcionarios relacionados.

La Fiscalía Nacional se encuentra encabezada por el fiscal nacional¹¹⁴, quien es el jefe superior del Ministerio Público, teniendo a su cargo la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público y en virtud de dichas facultades goza de la autoridad para dictar reglamentos e instrucciones generales. Dentro de las funciones del Fiscal nacional se encuentra la de formular anualmente la propuesta y criterios de persecución penal para el año correspondiente. Asimismo, debe controlar la marcha general de los casos entregados a los diversos fiscales. Además, le compete proponer las políticas públicas necesarias para el mejoramiento del sistema penal como, por ejemplo, modificaciones legales que se consideren relevantes para la persecución criminal y el resguardo de los derechos

¹¹³ Ley 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, artículo 32 letra a): "Corresponderá al Fiscal Regional: a) Dictar, conforme a las instrucciones generales del Fiscal Nacional, las normas e instrucciones necesarias para la organización y funcionamiento de la Fiscalía Regional y para el adecuado desempeño de los fiscales adjuntos en los casos en que debieren intervenir".

¹¹⁴ El artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público precisa que "El Fiscal Nacional es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su funcionamiento (...)".

de las personas, entre otros. También, , la Fiscalía Nacional tiene la facultad de asumir la conducción de casos particulares que, por su especial relevancia nacional, o bien, por la complejidad de la investigación o su trascendencia, así lo exijan¹¹⁵.

En segundo lugar, dentro de la jerarquización del Ministerio Público se encuentran las fiscalías regionales. Actualmente existen dieciocho fiscalías regionales, cada una dirigida por un fiscal regional y un equipo directivo. El fiscal regional es quien debe conocer y resolver todas aquellas reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento determinado formulen respecto de las actuaciones desarrolladas por cualquier fiscal adjunto. Asimismo, debe entregar al fiscal nacional su punto de vista y propuestas sobre aspectos regionales que incidan en la formulación de la política criminal anual que debe preparar este.

A continuación tenemos a los fiscales adjuntos. En cada región existen fiscalías locales, las que son unidades operativas de las fiscalías regionales y se componen de fiscales adjuntos, ayudantes del fiscal y otros profesionales (como por ejemplo, sicólogos y asistentes

¹¹⁵ Wigg, I. (2015), p. 29.

sociales); además tienen personal técnico y administrativo. Es esta fiscalía la que tiene mayor contacto con la ciudadanía.

El fiscal adjunto es el abogado que bajo la dependencia directa del fiscal regional interviene y litiga en los procesos en nombre del Ministerio Público¹¹⁶.

Cada fiscalía local está integrada por uno o más fiscales adjuntos, que serán designados por el fiscal nacional, a propuesta del fiscal regional.

Cabe destacar que el Ministerio Público actúa por intermedio de sus fiscales. De ello se dejó constancia en el Segundo Informe de la Comisión Técnica del Senado: "La Comisión reparó que es impropio jurídicamente decir que los fiscales actúan 'en representación del Ministerio Público', sobre todo si se definió con anterioridad que el Ministerio Público carece de personalidad jurídica"¹¹⁷. Asimismo, para explicitar la forma en que este actúa, señaló: "Con el propósito de dejar de manifiesto que el Ministerio Público actúa por intermedio de distintos fiscales, la Comisión estableció: 'realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, intervengan en ellas'"¹¹⁸.

En cuanto a sus funciones, en el artículo 38 y siguientes de la Ley del Ministerio Público se detallan cuáles serán, resumiéndose en el cumplimiento de tareas de investigación, ejercicio de la acción penal

¹¹⁶ Wigg, I. (2015), p. 33.

¹¹⁷ Otero, M. (2002), p. 63.

¹¹⁸ Otero, M. (2002), p. 63.

y protección de la víctima y testigos en cada uno de los casos que se les asignen, siempre dentro del ámbito de sus facultades.

Además de los órganos señalados existen otros funcionarios, como es el caso de un Consejo General, que reúne al fiscal nacional con todos los fiscales regionales, que no es más que un órgano consultivo y asesor. Sus funciones se centran en proporcionar al fiscal nacional las políticas para la persecución penal pública, de recursos humanos y de planificación. Además, dicho Consejo deberá informar sobre diversas materias, exigiéndose al fiscal nacional que funde las resoluciones que dicte cuando estas sean contrarias a la opinión emitida por el Consejo General.

Por su parte, además, las fiscalías trabajan en colaboración directa con personal de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y otros organismos auxiliares, como por ejemplo el Servicio Médico Legal, el Servicio de Registro Civil e Identificación y el el Instituto de Salud Pública, entre otros¹¹⁹.

5.3.- Funciones del Ministerio Público.

Tres son las funciones primordiales del Ministerio Público, las cuales se encuentran establecidas en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y en la Constitución Política.

Así, su misión esencial radica en dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito,; para lo cual tiene la facultad de

¹¹⁹ Wigg, I. (2015), p. 35.

impartir órdenes directas a las fuerzas de orden y seguridad durante la investigación. Si en el marco de la investigación que dirige considera que existen hechos que revisten la calidad de delito, deberá ejercer la acción penal pública. Además de dichas funciones, tiene el deber de proteger a víctimas y testigos.

De esta manera, es el Ministerio Público quien se encarga de dirigir la investigación penal del delito; esta es su tarea principal, dado que de la investigación de los hechos constitutivos de delito es que se va a determinar la participación penal de los imputados, o bien, se acreditará su inocencia¹²⁰. Al respecto, Alejandro Silva Bascuñán precisa que "dirigir es (...) encaminar la intención y las operaciones a determinado fin", y que "investigar es hacer diligencias para descubrir una cosa"¹²¹. Esta atribución que posee el Ministerio Público de dirigir la investigación reviste un carácter especial, dado que es exclusiva.

Esta atribución es distinta a la materialización de la misma y al hacer o ejecutar esta, cuestión que corresponde a los organismos técnicos del Estado destinados a ello, en especial a Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

Es válido señalar también que la facultad exclusiva de dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delitos conlleva aparejada

¹²⁰ Constitución Política de la República, artículo 83: "(...) El Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley".

¹²¹ Silva, A. (2002), p. 216.

la obligación de investigar un hecho que reviste los caracteres de delito¹²².

Respecto a la facultad en análisis, corresponde señalar que si este órgano inicia una investigación sin que esté comprobada la concurrencia de un hecho que reviste los caracteres de delito, incurriría en una clara infracción al artículo 7 de la Constitución Política y, por tanto, sería susceptible de nulidad de Derecho Público, sin perjuicio de la sanción correspondiente a quien hubiese incurrido en tal acción. Así, el Ministerio Público no podría ordenar investigar a una persona para saber si comete o no actos ilícitos, ordenar su seguimiento o cualquier otra diligencia investigativa sin que se precise claramente cuál es el hecho acaecido que presenta caracteres de delito. Además, en el caso que se vulneraran dichas medidas de manera injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá el Estado que responder por las actuaciones del Ministerio Público, tal como señala el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Una segunda atribución corresponde a la facultad de impartir órdenes directas a las fuerzas de orden y seguridad durante la investigación. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad o justicia legal, con la salvedad de que si las actuaciones que ordena privan, restringen o perturban al imputado o a terceros el ejercicio de

¹²² Wigg, I. (2015), p. 51.

los derechos que la Constitución asegura se requiere de autorización judicial previa¹²³.

Todas las funciones antes señaladas deben complementarse con que el Ministerio Público debe ejercer la acción penal pública, lo cual significa que debe llevar ante los tribunales de justicia a los imputados y buscar que los jueces apliquen las sanciones correspondientes a cada caso, posterior a la investigación. Esta función debe hacerse con sujeción a la Constitución, a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y a las leyes.

Además, los fiscales y su equipo deben proteger a las víctimas y testigos de los delitos que se investigan , lo cual debe cumplirse durante toda la fase administrativa del procedimiento, desde el momento en que acontece el hecho punible¹²⁴.

5.4.- Estatuto de responsabilidad del Ministerio Público.

La doctrina ha definido responsabilidad de diversas formas. Para Pablo Rodríguez Grez, responsabilidad es el "deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación"¹²⁵. Por su parte, Enrique Barros Bourie, para definir responsabilidad civil, hace referencia a Hans

¹²³ Wigg, I. (2015), p. 53.

¹²⁴ Código Procesal Penal, artículo 6º: "El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal".

¹²⁵ Rodríguez, P. (2009), p. 11.

Kelsen, y pone énfasis en que "desde el punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona"¹²⁶.

Adicional a lo anterior, Mundaca Assmussen precisa que dichos conceptos conllevan a que el fundamento de la responsabilidad es la culpabilidad. Esto quiere decir que en el caso de que no existiera malicia en el actuar, o al menos negligencia, no se configuraría responsabilidad y en consecuencia tampoco existiría obligación de reparar el daño¹²⁷.

Otros autores, como Eduardo Soto Kloss, fundamentan la responsabilidad en la idea de restitución, concluyendo que la obligación de reparar no nace de una falta. Aunque la falta no existiera, si el desequilibrio y la ruptura de justicia se producen deberá ser necesario restablecer dicho equilibrio y justicia, por lo que se habrá de responder. En consecuencia, desde que nace el daño, el perjuicio que significa una injusticia, nace la obligación de ser reparada¹²⁸. Señala de esta manera que "probada entonces la existencia del daño o perjuicio sufrido por un sujeto de Derecho, probada la autoría de dicho daño producido por una autoridad o ente administrativo (sea personificado o que goce de la personalidad jurídica del Fisco), y probada obviamente la relación causal que media entre la acción u omisión administrativa y el perjuicio en cuestión, toca al juez

¹²⁶ Barros, E. (2006), p. 15

¹²⁷ Mundaca, H. (2001), p. 19.

¹²⁸ Soto, E. (1997).

determinar el monto de la indemnización con que ha de ser reparada la víctima, de acuerdo al perjuicio sufrido por ésta en lo suyo, es decir, en lo que le pertenece como esfera jurídica propia de él”¹²⁹.

Por su parte, un concepto de responsabilidad más amplio es el de Francisco Zúñiga Urbina, quien señala que responsabilidad es el “conjunto de reglas que determina la persona a la que el ordenamiento jurídico ordena reparar un daño”¹³⁰.

En lo que concierne a la materia en estudio, al momento de definir la responsabilidad del Estado, podríamos indicar que es “aquella que consagra la obligación que tiene el ente estatal de responder por los daños causados”¹³¹.

Los pilares fundamentales de la responsabilidad del Estado se encuentran consagrados a nivel constitucional en los artículos 6, 7 y 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República¹³², lo

¹²⁹ Soto, E. (1997).

¹³⁰ Zúñiga, F. (2008), pp. 17-18

¹³¹ Zúñiga, F. (2008), pp. 118-119

¹³² Artículo 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Artículo 7: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

cual no obsta a que otras normativas se refieran a otros títulos de imputación de responsabilidad del Estado.

Conforme se ha expuesto, la responsabilidad del Estado surge a raíz del Estado de Derecho, debiendo este ajustar su actuar a los principios que el ordenamiento jurídico consagre y, en particular, y en lo que nos atañe al estudio, la premisa de referir que el Estado tiene la obligación de reparar perjuicios que haya acarreado con su actuar.

Especial énfasis merece indicar que las actuaciones del Ministerio Público por las que se configura responsabilidad se enmarcan dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, que se traduce en "la búsqueda de soluciones tendientes a otorgar a los ciudadanos una adecuada protección legal frente a los

Artículo 38: "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

daños sufridos en su persona o propiedad derivados de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general”¹³³.

5.5.- Título de imputación aplicable a las actuaciones del Ministerio Público.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 5 de la Ley 19.640, que dispone: “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”.

Previo al análisis en cuestión, es destacable el derecho de repetición que tiene el Estado contra el funcionario del Ministerio Público que haya actuado con culpa grave o dolo, contemplando así la norma dos tipos de responsabilidad: por un lado, se establece la responsabilidad que puede surgir del organismo Ministerio Público en el caso que sus agentes incurran en conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias, donde será el Estado quien tendrá que responder frente a los terceros que se pudieran ver perjudicados por dichas actuaciones; y, por otro lado, la responsabilidad de los funcionarios del Ministerio Público, que surge cuando dichos agentes

¹³³ Szczaranski, C. (2003), p. 11.

se exceden en el ámbito de sus funciones, donde la misma Ley del Ministerio Público hace alusión a que el personal del Ministerio Público está sujetos a responsabilidad tanto administrativa como civil y penal en su artículo 11¹³⁴.

Pese a lo referido, siempre será el Estado quien responda frente a terceros, lo cual no obsta a que el primero, en caso de negligencia inexcusable o dolo, pueda repetir en contra del agente que haya perpetrado la conducta que irroga responsabilidad, atendido lo dispuesto en la ley y conforme al inciso primero del artículo 5 ya citado, ello siempre y cuando se den los presupuestos, pero solo en los casos en que exista falta personal (conforme a los criterios de la norma, cuando el funcionario actúe con dolo o culpa grave) tendrá el derecho de repetir contra el funcionario responsable del daño producido.

Conforme lo expuesto, resulta complejo entender entonces cuándo existirá una conducta injustificadamente errónea o arbitraria que no se haya desplegado con dolo o al menos culpa grave, por lo que pareciera ser que el legislador exige que concurra como factor subjetivo la mala fe.

La creación del Ministerio Público tuvo diversos objetivos. Su existencia se debió esencialmente a que se buscó reformar el sistema penal chileno, separando órgano de investigación y de juzgamiento, y equiparando así la función que tenía el ente persecutor y su responsabilidad. En este mismo sentido, el legislador ha dejado

¹³⁴ "El personal del Ministerio Público estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiere afectarle".

plasmado que al crear el Ministerio Público buscaba "(...) la instauración de un sistema acusatorio con una fiscalía autónoma a cargo de la instrucción, que se sujeta a un conjunto de controles y normas sobre responsabilidad, que balancean adecuadamente el grado de autonomía de que se reviste"¹³⁵.

Para cumplir con dicho objetivo, la existencia de una norma que señale los casos en que el Estado es responsable de las conductas de los órganos del Ministerio Público resulta indispensable, toda vez que tanto la Constitución como la ley han encomendado a los fiscales funciones que en ciertos casos pueden llegar a privar, restringir o perturbar el ejercicio de derechos fundamentales de las personas en el curso de una investigación. A pesar de que se ha establecido para resguardar dichos derechos de los particulares un ámbito de control en el sentido que los fiscales requerirán de autorización judicial previa del juez de garantía, creemos que este contrapeso no es suficiente, porque aquel, para decretar dichas medidas, conoce los hechos según los relata el propio Ministerio Público. Es por esto que se instauró además un sistema de responsabilidad, lo que en definitiva busca que los fiscales actúen con cautela en el ejercicio de sus funciones¹³⁶.

Así, conforme se ha referido, el artículo 5 de la Ley del Ministerio Público contiene un título de imputación diverso al de falta de servicio

¹³⁵ Mensaje N° 98-334 (1996).

¹³⁶ En efecto, el segundo informe de la Comisión Técnica del Senado de la discusión del proyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público, al discutir la creación del artículo en estudio, precisa: "Coincidió la Comisión en que la trascendencia de las funciones que la Carta Fundamental encomienda al Ministerio Público y la posibilidad que ella contempla en cuanto a que, en el desempeño de su actividad, realice actos

que por regla general, rige la responsabilidad de los órganos de la Administración Pública o la responsabilidad objetiva que también ha sido aplicada por los tribunales chilenos en determinados casos.

El legislador, siguiendo la premisa de la responsabilidad por error judicial, y tomando en consideración la comparada, ha preferido imponer un título de imputación mucho más restrictivo que en los supuestos generales de responsabilidad administrativa. Tal como ha indicado Barros Bourie, haciendo referencia al error judicial, "este tipo de responsabilidad responde más bien a un modelo de culpa o negligencia grave"^{137 138}.

Dicho criterio ha sido reafirmado por la Corte Suprema chilena en sentencia de fecha 26 de diciembre de 2009, que estipuló en el considerando 4º de la sentencia del tribunal base que "(...) este régimen especial de responsabilidad a que están sujetos los fiscales del Ministerio Público, ha resuelto la doctrina, obedece, en cuanto a la interpretación de la norma que lo establece, de una rigidez superior de las demás normas reguladoras de la responsabilidad de otros órganos del Estado, y que, en razón de ello, no se relaciona con el sistema denominado de la falta de servicio, sino en un complejo régimen subjetivo de responsabilidad, que no buscó transformar al Estado en una suerte de asegurador universal de todo daño, sin

que priven, restrinjan o perturben el ejercicio de derechos fundamentales, aunque para ello se requiera autorización judicial previa, hace indispensable regular la responsabilidad correlativa y no dejar entregada esta materia a discusión doctrinaria y a las decisiones judiciales, necesariamente casuística, como única forma de crear seguridad jurídica". Citado en: Otero, M. (2002), p.87.

¹³⁷ Barros, E. (2006), p. 523.

¹³⁸ Dörn, C. (2005), pp.13-26.

excepciones ni limitaciones, sino restringirlo a las hipótesis que la misma norma contempla (...)"¹³⁹.

Resulta difícil así tener un criterio uniforme en atención especialmente a las actividades encomendadas a ciertos funcionarios, como lo son jueces o fiscales, es que el legislador chileno ha sido escéptico en establecer un sistema de responsabilidad en que valga el simple error o que se considere el simple hecho de no verse acogidos los argumentos de la fiscalía como presupuesto suficiente para imputar responsabilidad al Estado.

Por otro lado, también es del caso mencionar que además del referido título de imputación deben concurrir los otros presupuestos generales de la responsabilidad extracontractual del Estado, comunes a todo tipo de relación indemnizatoria, como lo son la acción u omisión, daño y una relación de causalidad entre la conducta imputable y el daño respectivo.

De esta forma, la norma en comento establece una única causal de responsabilidad del Estado en esta materia, cual es, aquellas

¹³⁹ Corte Suprema (2009) Rol 4751-2009, considerando 4º.

conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

Bajo ese orden de cosas, la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha zanjado el punto de la responsabilidad del Ministerio Público.

En efecto, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema, con fecha 19 de mayo de 2020, en los autos caratulados "Navarro Alcayaga, Alejandro contra Fisco de Chile", rol ingreso corte N° 12.505-2020, ha establecido que la calificación de la resolución como injustificadamente errónea o arbitraria debe entenderse compatible con un error judicial, refiriendo que el obrar deficiente del Fiscal a cargo de la investigación que solo puede ser entendida como equivalente a culpa grave o lata, por lo que la persecución penal injustificadamente errónea hace surgir la responsabilidad civil. Dicho máximo Tribunal ha señalado así que el artículo 5 de la Ley N° 19.640 establece un estatuto especial de responsabilidad extracontractual por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del órgano persecutor estableciendo que: "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 a repetir en su contra". Luego, es importante destacar que las expresiones usadas por el legislador para establecer la responsabilidad del

Ministerio Público son similares a las consignadas en el artículo 19 N° 7 letra i) de nuestra Carta Fundamental respecto de la responsabilidad por error judicial. En este aspecto, se debe recordar que la doctrina autorizada ha dicho que no es la conducta de los jueces la materia que se juzga, sino si objetivamente ha habido un sometimiento a juicio o una condena objetivamente errónea o arbitraria. En tal sentido, resulta de toda evidencia diferente la causa que fue sobreseída por falta de pruebas suficientes, aunque haya habido indicios de culpabilidad, de aquella en que se demostró que el procesado o condenado no tenía relación alguna con los hechos, y que por un error demostrablemente injustificado sufrió la persecución criminal. En otras palabras, la calificación de la resolución como injustificadamente errónea o arbitraria debe entenderse compatible con un error judicial, que no sólo puede deberse a negligencia en el cumplimiento del deber, sino también a circunstancias del todo excusables desde el punto de vista subjetivo, atendidos los antecedentes disponibles y las circunstancias en que los jueces hubieron de adoptar las respectivas decisiones. En el fondo, la responsabilidad por error en el procesamiento o condena criminal errónea es la cara más extrema de las cargas públicas desiguales, de modo que no parece apropiado resolver la materia teniendo sólo en cuenta si ha habido una grave negligencia judicial. En la especie no cabe sino compartir lo concluido por el tribunal ad quem, pues la absolución del imputado fue motivada, según el texto de la sentencia criminal, no por la mera insuficiencia de los medios de convicción incorporados por el persecutor en juicio, sino derechamente debido a la nula práctica de diligencias mínimas y

esenciales para el éxito de la investigación penal, tales como la omisión de averiguación sobre la existencia de perjuicio, así como respecto de la apropiación o distracción del dinero en cuestión, elementos indispensables y necesarios para la configuración de la figura típica de apropiación indebida prevista y sancionada en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, al punto de develarse en juicio que dichos fondos se encontraban a disposición de la autoridad aportante en una de las cuentas corrientes de la institución que dirigía el actor. Tal obrar deficiente del Fiscal a cargo de la investigación no puede sino entenderse como equivalente a culpa grave o lata, al haberse omitido las precauciones más elementales, dejando de prever lo que un persecutor medianamente diligente habría previsto, conducta que trasunta en una persecución penal que debe ser calificada como injustificadamente errónea, en los términos exigidos por la ley para el surgimiento de responsabilidad civil”.

Por otro lado, se ha fallado que la insuficiencia probatoria para acreditar la existencia de los factores de imputación de responsabilidad atinentes a una conducta injustificadamente errónea y arbitraria del Ministerio Público; ello en sentencia pronunciada por la Corte Suprema, de fecha 4 de julio de 2019, en los autos caratulados “Varela López, Elena contra Fisco de Chile”, rol ingreso corte N° 8.326-2019, donde los jueces de la instancia, a diferencia de lo expuesto por el recurrente, expresaron las razones que los llevaron a estimar que no se encontraban acreditados los factores de imputación de responsabilidad atinentes a una conducta injustificadamente errónea y arbitraria del Ministerio Público. Al respecto el fallo impugnado

expresa "que del examen de los antecedentes fácticos reseñados en los fundamentos noveno y décimo de la sentencia impugnada es posible concluir que el comportamiento imputado al Ministerio Público dista de poder ser conceptuado como injustificadamente erróneo o arbitrario, pues, tal como lo establece la sentenciadora, su actuación no fue fruto de un error manifiesto carente de todo sustento racional, sino que se fundó en antecedentes con los que contó el ente persecutor" y agrega "Más aún, según fue posible constatar del mérito del proceso se han empleado los recursos procesales previstos, incluso recurriendo de amparo ante el Máximo Tribunal el que fue desestimado. Con ello no se afirma que por la sola intervención del órgano jurisdiccional se excluirá siempre la responsabilidad del ente persecutor, sino que, en el caso sub lite, de los antecedentes ventilados en dichas oportunidades se desprende que las solicitudes del persecutor revestían la plausibilidad necesaria, descartando la arbitrariedad o error injustificado en el caso examinado".

Al descartarse los vicios en el establecimiento de los hechos éstos quedan definitivamente asentados, conforme a los cuales correctamente los jueces de la instancia precisaron su carácter legal, la calificación jurídica y concluyeron que no era posible establecer la concurrencia de los elementos de la responsabilidad del Ministerio Público, razón por la que no puede prosperar el resto de las infracciones legales a las que se alude por el recurrente, desde que su arbitrio se sustenta íntegramente en esta nueva valoración de prueba que propone, y en virtud de la cual, -a diferencia de lo establecido-,

sostiene que si concurre el citado factor de atribución de incurrir el órgano persecutor en "conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias".

Otra sentencia también de reciente data ha indicado que la falta de servicio constituye fuente de la responsabilidad estatal, ello al incurrir en la pérdida de la chance; en particular, en sentencia pronunciada por la Corte Suprema, de fecha 9 de marzo de 2020, en autos caratulados "HAGAN, WHILLIAM contra FISCO DE CHILE", rol ingreso corte Nº 17.045-2019, se refirió que las deficiencias en la investigación constituyen falta de servicio, y el Ministerio Público incurrió en conductas injustificadamente erróneas y arbitrarias, que irrogaron un daño al demandante consistente en la pérdida de la chance de obtener, en el juicio penal, una sentencia condenatoria o reabrir la investigación para establecer la responsabilidad por el homicidio de su hija, lo que amerita su indemnización. Así, la Corte Suprema declara inadmisibile el recurso de casación en la forma y rechaza el de fondo deducido por la demandada (Fisco), contra la sentencia de 7 de mayo de 2019 dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, que confirmó con declaración la de primera instancia que acogió la demanda por actuación injustificadamente negligente del Ministerio Público y por falta de servicio de la Policía de Investigaciones de Chile, elevando el monto de la indemnización de perjuicios por daño moral a la suma de 200 millones de pesos, sin costas.

La Corte sostiene que "los hechos que justifican el daño relacionado con deficiencias de la investigación, como la contaminación del sitio del suceso, la pérdida del reloj de la víctima,

contaminación del arma homicida e ingreso innecesario de bomberos, si bien no aseguraban al actor una sentencia condenatoria, de no darse tales omisiones o negligencias por parte de la Policía de Investigaciones, le habrían permitido al padre de la Sra. Erica Hagan (Q.E.P.D.) que el juicio para esclarecer la muerte de su hija se hubiera enfrentado con mejores oportunidades de obtener una declaración judicial de responsabilidad, o bien, que su posición en el juicio habría sido mejor que la que resultó finalmente. Los jueces de la instancia establecieron como hechos las deficiencias en la investigación policial antes referidas, existiendo en consecuencia falta de servicio. A su turno, el actor acreditó el daño, y la Corte concluye que se estableció la relación de causalidad.

Por su parte, se reprochó al Ministerio Público no contar con un electroferograma, que permitiera demostrar fehacientemente a quienes pertenecía el material genético encontrado, y la Corte estima que, en atención a las especiales circunstancias que rodearon este crimen, habida cuenta de la experiencia de dicho organismo, constituye un error grave, una conducta injustificadamente errónea y arbitraria, que no puede ser justificada por el simple hecho de que no sea una práctica usual que se exija este tipo de informe para sostener el medio de prueba.

Luego, el daño identificado en el fallo es constitutivo de una "pérdida de la chance" que debe ser indemnizada (CS N°35.566-2015, N°41.890-2017, N°30.264-2017). Se trata del caso de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien 'aleatorio' que estaba en juego

y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades. Tal como lo describe la doctrina, la Corte estima que "en el caso del daño por pérdida de la chance, resulta ser que el demandante ha perdido una posibilidad u oportunidad cierta, en el caso sub judice de obtener una sentencia condenatoria o de poder reabrir la investigación a fin de obtener la responsabilidad penal de otro u otros posibles autores del homicidio de su hija, posibilidades que se han visto destruidas por la actuación negligente e injustificadamente errónea de los demandados, y dicha pérdida es cierta al igual que las oportunidades perdidas, lo que amerita su indemnización tal como lo han resuelto los sentenciadores de la instancia".

5.5.1.- Bien jurídico protegido por la norma.

En atención a lo expuesto, resulta necesario tener presente, que por regla general, cuando se instaura un mecanismo de protección, el legislador siempre ha entregado pautas respecto de qué garantías se protegen con una acción. Sin embargo, respecto del título de imputación en análisis, no se ha entregado un criterio orientador acerca de la garantía constitucional de responsabilidad que se encuentra amparada.

Así, respecto del error judicial, el legislador ha considerado la libertad personal dentro del ámbito de protección para que se pueda poner en marcha la responsabilidad del Estado, conforme veremos más adelante. Por otro lado, existen ciertas garantías constitucionales,

como la existencia de una investigación racional y justa, que han buscado proteger los derechos de las personas, en especial otorgar protección frente al peligro de investigaciones abusivas y que adolezcan de una desproporción entre los medios que se empleen y el fin que se persigue con la diligencia¹⁴⁰.

En lo que respecta a las actuaciones del Ministerio Público, pareciera ser que la protección es respecto a varios derechos o garantías individuales que se pudieran afectar durante la etapa de la investigación. El propósito del legislador entonces sería proteger la libertad personal, como en el caso del error judicial, y además la integridad física y/o psíquica, la propiedad privada, e incluso garantías como la honra y la inviolabilidad del hogar, entre otras.

Sin embargo, a primera vista podemos concluir que con esta norma, el Estado tendrá que responder respecto de conductas de órganos del Ministerio Público en la medida que priven, restrinjan o perturben ciertas garantías constitucionales. Haciendo una

¹⁴⁰ En efecto, en la dictación de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se ha manifestado, en voz de don Aníbal Pérez que "El hecho de asociar responsabilidades a independencia es uno de los rasgos más esenciales y preciados en un Estado de Derecho, porque éste surge, precisamente, para evitar la irracionalidad y arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas; es decir, vamos a tener un ente autónomo, con facultades, pero sujeto también a la responsabilidad y control de la ciudadanía. El sistema de control y de responsabilidad que contiene el diseño institucional parte de lo dispuesto en la modificación que se introdujo al artículo 19, N° 3, norma que estipula como nueva garantía constitucional la existencia de una investigación racional y justa. Tal como se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, esta nueva garantía nace como un medio de otorgar protección a las personas ante el peligro de investigaciones abusivas y que adolezcan de una desproporción entre los medios que se empleen y el fin que se persigue con la diligencia y, además, para forzar que las pesquisas se desarrollen utilizando medios legales". Boletín N° 1943-07 (1997).

observación preliminar, pareciera sin embargo que esta norma no tiene mucho sentido, ya que el legislador previó un mecanismo a fin de salvaguardar las garantías constitucionales, cual es que el fiscal a cargo de una determinada investigación, a fin de realizar actuaciones de esta índole, deberá requerir autorización judicial previa al juez de garantía, quien, como su nombre lo refiere, está encargado de velar por la protección de las garantías constitucionales del imputado.

Cabe referir que en el sistema acusatorio chileno, las funciones de investigar y fallar se encuentran radicadas en distintos órganos. Incluso son distintos los jueces que deberán conocer las etapas del proceso penal: el juez de garantía conocerá la primera etapa de investigación y la audiencia de preparación de juicio oral; mientras que será el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal el encargado de conocer la audiencia de juicio oral propiamente tal.

En resumidas cuentas, el juez es un ente ajeno a la investigación realizada por el fiscal, por lo que de cierta forma siempre estará influenciado por el modo de actuar del Ministerio Público y el fundamento que el fiscal utilice para solicitar el acto que prive, restrinja o perturbe la garantía constitucional en cuestión.

5.5.2.- Afectación del derecho para que confluya la responsabilidad estatal.

Dentro de las misiones de los fiscales del Ministerio Público se encuentra la de dirigir la investigación; durante el curso de

esta podría suceder que el fiscal realice actuaciones que priven, restrinjan o perturben garantías que se encuentran consagradas y protegidas por nuestra Carta Fundamental. A pesar de que he referido que el artículo en análisis busca proteger variados derechos, no se ha delimitado cuál es el grado de afectación del derecho que podría activar la responsabilidad patrimonial del Estado; ello, a diferencia de lo que sucede en el caso del error judicial, en el que el constituyente consideró como afectación idónea la privación de la libertad personal.

Cabe señalar que el Ministerio Público en el ámbito de sus funciones goza de ciertas atribuciones que caracterizan así su autonomía, lo cual no es sinónimo de que este sea un organismo irresponsable; muy por el contrario, el principio de responsabilidad constituye uno de los elementos estructurales del Estado de Derecho y por lo tanto no solo están sometidos a este principio todos los integrantes de la sociedad, sino que naturalmente todos los órganos del Estado. Este principio asigna consecuencias jurídicas para quien transgreda el mandato imperativo de sometimiento al Derecho, sometimiento al cual también se debe el Ministerio Público.

Teniendo en consideración lo referido, el criterio de intensidad de la afectación a la garantía constitucional deberá siempre considerar un elemento realista, en el sentido que para que el órgano persecutor pueda realizar adecuadamente las labores encomendadas tanto en el orden constitucional como legal, requiere contar con un ámbito de libertad que le asegure que no cualquier conducta que desempeñe podría eventualmente dar lugar a una reparación patrimonial del

Estado. De no ser así, el cometido de este organismo se vería menoscabado en el sentido que sus agentes se verían inhibidos del ejercicio de su cometido constitucional.

La ley reconoce tres orbitas de afectación de un derecho, a saber, la privación, la restricción y la perturbación. En el primero de estos casos, nos parece que la afectación a los derechos será lo suficientemente idónea para activar la responsabilidad del Estado. Sin embargo, respecto de los otros dos casos no existe tal claridad. En este sentido, Dörn Garrido señala que "no cabe la menor duda que cualquiera hipótesis indemnizatoria considerará como fundamento idóneo a la privación del derecho, pues ello supone la anulación o el desconocimiento del núcleo esencial de la garantía presumiéndose, en dicho caso, la existencia connatural de un perjuicio irrogado al sujeto (...) Sin embargo, qué ocurre en los casos de restricciones o perturbaciones. Creemos que, por regla general, tales situaciones no revisten la idoneidad suficiente para activar la responsabilidad patrimonial del artículo 5º salvo que se demuestre, por el demandante, la efectiva causación de un perjuicio a nivel de ejercicio de la garantía individual y que sea susceptible de ser apreciado por la sola restricción o perturbación"¹⁴¹.

Sumado a lo anterior, es importante tener en resulta implícito que en ciertos casos es nuestro deber aceptar perturbaciones y restricciones en aras del interés general. En este sentido se pronuncia Dörn Garrido expresando que "ciertos yerros deben ser soportados por

¹⁴¹ Dörn, C. (2005), pp. 18-19.

los intervinientes, ello con el fin de cautelar el normal funcionamiento del órgano persecutor y su autonomía; sin embargo, a la vez, (...) ciertos yerros no pueden ser tolerados por constituir graves transgresiones al orden jurídico. En consecuencia, la expresión "error injustificado o arbitrariedad" constituye un verdadero margen legal de tolerancia dentro del cual convergen toda clase de errores que no son susceptibles de activar la responsabilidad patrimonial del Estado"¹⁴².

Entonces creemos que el Estado deberá responder cuando exista una privación efectiva a una garantía constitucional. En este caso el actor solo deberá probar que ha existido una privación a un derecho que legítimamente le corresponde ejercer. Sin embargo, respecto de la perturbación o restricción a una garantía determinada, será carga procesal del actor demostrar además de dicha restricción o perturbación en su caso, que a consecuencia de aquella perturbación o restricción se le ha irrogado un perjuicio patrimonial que no puede ser considerado tolerable por nuestro sistema jurídico¹⁴³.

5.5.3.- Conducta del Ministerio Público para que se genere responsabilidad.

En lo que concierne, cabe distinguir que la conducta que deben desplegar los agentes del Ministerio Público y por el que eventualmente responderá el Estado puede ser tanto por acciones

¹⁴² Döm, C. (2005), pp. 19-20.

¹⁴³ Wigg,, I. (2015), pp. 85-87.

como omisiones. De acuerdo a la historia fidedigna de la Ley del Ministerio Público, "se optó por hacer referencia a "las conductas", en el entendido de que, de esta forma, se está comprendiendo tanto a las acciones como a las omisiones de este organismo"¹⁴⁴.

Conforme las reglas generales de responsabilidad, para que concurra la responsabilidad del Estado, debe contener dos elementos: primero, debe tratarse de un hecho desplegado por un sujeto, y, segundo, dicho sujeto debe haber actuado de forma voluntaria, esto es, en libertad en su actuación.

Además, aquella conducta debe estar comprendida dentro de las funciones y las competencias que se le han encomendado por la Constitución y las leyes a los agentes de dicho organismo.

Pese a que respecto a la conducta se aplican las reglas generales de responsabilidad extracontractual civil, existe una diferencia entre estas reglas y la conducta desplegada por el Ministerio Público, dado que la conducta de este comprende tanto las acciones como las omisiones; sin embargo, respecto de la responsabilidad extracontractual civil, no existe tal claridad.

La mayoría de la doctrina considera que la conducta desplegada por el sujeto comprendería solo las acciones; sin embargo, también hay quienes consideran que las omisiones son susceptibles de crear responsabilidad, pero en determinadas circunstancias. Rodríguez Grez sostiene "que para determinar los casos en que una persona es obligada a indemnizar por los daños que por omisión se producen,

¹⁴⁴ Boletín N° 2.152-07-01 (1999).

debemos atender a dos elementos: a) la representación del daño, y b) la naturaleza de la actividad que debe realizarse para evitarlo”¹⁴⁵.

Además de lo referido, la conducta debe calificarse como “injustificadamente errónea o arbitraria”, por lo que debe distinguirse si el título de imputación se asimila a aquel establecido para el error judicial¹⁴⁶, las actuaciones que se refieren a aquellas desplegadas por los órganos del Ministerio Público y su posterior calificación son de naturaleza diversa a la acción de indemnización que surge por la responsabilidad de los jueces. De esta forma, pese a que la expresión “injustificadamente errónea o arbitraria” del artículo 5 de la Ley 19.640 sea exactamente la misma empleada en la norma de nuestra Constitución en lo relativo al error judicial, no debe cumplirse con los mismos requisitos exigidos, vale decir, no es necesario que la Corte Suprema declare ninguna cuestión a fin de que proceda la indemnización.

Diversas son las razones que podemos dar respecto de este punto: en primer lugar, la norma en cuestión no hace referencia en torno a la declaración previa referida, y en segundo lugar, porque en el caso de los jueces se refiere a resoluciones de carácter criminal y a

¹⁴⁵ Rodríguez, P. (1999), p. 119.

¹⁴⁶ Artículo 19 N° 7, letra i), de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. (...) i) 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”.

una facultad propia de los jurisdicentes, cual es su potestad jurisdiccional. Sin embargo, el Ministerio Público, en razón de una prohibición establecida a nivel constitucional, en ningún caso puede ejercer funciones jurisdiccionales, por lo que la conducta que desplieguen sus agentes jamás debe entenderse en ese contexto. Al efecto Vodanovic Schnake alude a que "los fiscales no ejercen actividad y carecen de potestad jurisdiccional, base sobre la que está considerada su responsabilidad. Por ello es que no les resulta aplicable la norma del 19 N° 7 letra i) (...) Distinto será lo concerniente al daño producido por la actuación del Ministerio Público, o de la judicial promovida por él. Como anticipábamos, de la actuación del Ministerio Público, tanto de la investigación como especialmente del sostenimiento privativo de la acción penal, se derivan actos, hechos y situaciones procesales, como la privación cautelar de la libertad personal"¹⁴⁷.

Así las cosas, concluyentemente se desprende que la norma de imputación hace referencia a acciones y omisiones que desplieguen los agentes del Ministerio Público y que deriven en una conducta injustificadamente errónea o arbitraria que genera daño a un

¹⁴⁷ Vodanovic, N. (2005), pp. 211-212.

particular, quien en esta hipótesis podrá solicitar en virtud de dicha conducta el resarcimiento de los perjuicios que se le han causado.

5.5.4.- Supuestos en que el Ministerio Público puede realizar actuaciones injustificadamente erróneas o arbitrarias en un procedimiento.

Conforme se ha referido, el legislador reconoce el hecho de que el fiscal en el curso de una investigación criminal puede cometer errores, existiendo un margen en el que estos errores deben ser soportados por los intervinientes a fin de proteger el funcionamiento y autonomía del órgano persecutor. Asimismo, existen errores que el ordenamiento jurídico no puede tolerar y en consecuencia se activa la responsabilidad patrimonial del Estado.

Dicho margen de tolerancia ha generado discusiones a la hora de enfrentar qué se debe entender como "conducta injustificadamente errónea o arbitraria". Pareciera ser que la norma recién aludida reproduce lo regulado en la disposición constitucional relativa a la acción de indemnización por error judicial. En efecto, la historia fidedigna de la ley establece que se buscó que toda la riqueza doctrinaria y jurisprudencial en lo relativo al error judicial se aplique al caso de los funcionarios del Ministerio Público: "(...) al efecto, creyó que una fórmula era establecer la obligación del Estado de indemnizar los daños causados por el Ministerio Público por acciones u omisiones arbitrarias, ilegales o manifiestamente erróneas. Estos conceptos no son novedosos para nuestro ordenamiento constitucional, ya que han

experimentado un importante período de decantación en institutos como el recurso de protección y la propia responsabilidad por la actividad jurisdiccional antes aludida”¹⁴⁸.

A su vez también puede apreciarse que el legislador dio mayor amplitud a la norma que rige al Ministerio Público, precisando que “Con todo, siendo esta materia de iniciativa exclusiva de S.E. el Presidente de la República, el Primer Mandatario formuló la indicación número 1, para consignar que el Estado será responsable por los actos injustificadamente erróneos o arbitrarios del Ministerio Público. La Comisión aceptó este criterio, que guarda concordancia con la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, la cual procede, respecto de aquella resolución que es ‘injustificadamente errónea o arbitraria’, sin perjuicio de que esta última constitucionalmente restringida a los casos que hayan redundado en el sometimiento a proceso o condena del afectado”¹⁴⁹.

Pese a ello, es importante tener presente que la norma del artículo 5 de la Ley del Ministerio Público no deroga la acción contemplada en la Constitución por error judicial, sino que reafirma el deber de responsabilidad del Estado de reparar los daños causados a las víctimas. Así se ha establecido en el Segundo Informe de la Comisión Técnica del Senado, que precisa que “uno de los principios ya aceptados por la doctrina y la jurisprudencia es que el Estado debe responder por el daño que cause a las personas con su actividad u

¹⁴⁸ Boletín N° 2.152-07 (1999).

¹⁴⁹ Otero, M. (2002), pp. 87-88.

omisión, en su caso”¹⁵⁰. Así, el concepto “injustificadamente erróneo o arbitrario” tiene su origen en la norma constitucional, solo en lo que respecta al título de imputación, no aplicándose en lo demás dicha disposición respecto del Ministerio Público.

Por su parte, cabe determinar si estamos en presencia de dos causales distintas o de si es una sola la causal que se estipula en esta norma, equiparándose error injustificado con arbitrariedad. A pesar de que la Corte Suprema ha sido de la idea que existiría solamente una causal respecto del error judicial, Carlos Dörn hace la siguiente diferenciación: “el error injustificado aludiría a un yerro respecto del cual no le asiste una justa causa y que, por ende, ha sido causado sin mediar mala fe sino que es producto de una negligencia inexcusable; mientras que en el caso de la arbitrariedad se está haciendo referencia a una conducta orientada a la producción de un daño, es decir, existe una determinación precisa del agente público –fiscal– en orden a ejercer la función persecutoria apartándose tanto de las bases mínimas de lógica y racionalidad como de los fines propios del cargo, con el objeto de causar un daño injusto en la persona o bienes de un ciudadano”¹⁵¹.

Respecto del factor atributivo al que nos referimos, estimamos que debe otorgársele una interpretación restrictiva. En efecto, la historia fidedigna de la Ley del Ministerio Público ha establecido que “el hecho de que el Estado asuma la responsabilidad por sus actos y

¹⁵⁰ Otero, M. (2002), p. 87.

¹⁵¹ Dörn, Carlos (2005), pp. 19-20.

omisiones no significa transformarlo en una suerte de asegurador universal de todo daño, sin excepciones ni limitaciones”¹⁵².

En función del principio de legalidad, el Ministerio Público tiene la obligación de investigar, y solo excepcionalmente puede terminar una investigación en los casos expresamente establecidos en la ley. El fundamento de dicho principio radica en la igualdad ante la ley, ya que se pretende que la persecución penal no quede entregada al arbitrio de los fiscales, que podrían discriminar respecto de perseguir o no un determinado delito por razones incluso de índole personal. En este sentido, el principio de legalidad impone la obligación de perseguir por igual todos los delitos que se cometen en una sociedad determinada. Pero así como el persecutor penal está vinculado por el principio referido, existe un deber legal de entregar al fiscal las herramientas que le permitan iniciar y dirigir una investigación de manera justa y objetiva para llegar a la verdad. Sin el artículo en comento, los ciudadanos afectados en el transcurso de una investigación que no llega a buen puerto podrían siempre dirigirse en contra del Ministerio Público, lo que conllevaría a que este organismo actuaría de manera temerosa, a fin de no generar daño¹⁵³.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial del Estado se activa en razón de conductas que desplieguen sus agentes y que no guarden ninguna relación respecto de los antecedentes de cargo que constan en cada carpeta investigativa o de instrucción, en un momento determinado, especialmente refiriéndonos al inicio de la

¹⁵² Boletín N° 2.152-07 (1999).

¹⁵³ Wigg, I. (2015), p. 93.

investigación que se actúa respecto de sospechas e indicios y no pruebas concretas. Creemos que si se pudiera concluir que un hombre medio con los mismos antecedentes hubiera obrado de la misma manera, vale decir, si parece racional y lógico su actuar, no podemos alegar que estamos en presencia de una conducta injustificadamente errónea o arbitraria. Además la actuación debe tener por único fin buscar la verdad material respecto de lo que se investiga.

Así, las actuaciones que el Ministerio Público puede realizar dentro del proceso penal y que podrían activar la responsabilidad patrimonial del Estado, podrían agruparse, como propone Wigg, de la siguiente manera:

a) Solicitud de prisión preventiva por parte del fiscal: Esta medida cautelar personal constituye una real afectación a la libertad personal. Sin embargo, respecto de su procedencia en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia se encuentra dividida.

Por un lado, encontramos quienes creen que solo podría surgir responsabilidad en la medida que se haya decretado la prisión preventiva, en un caso en que este era en realidad inadmisibles, vale decir, cuando no concurre alguno de los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal¹⁵⁴. Quienes creen esto,

¹⁵⁴ Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;

consideran que además tendrá que concurrir una declaración previa de la Corte Suprema a fin que proceda la responsabilidad patrimonial respectiva (sería indemnizable por vía del error judicial y no por esta norma de imputabilidad).

Otra tesis refiere que no es necesaria la declaración previa de admisibilidad que se contiene en el artículo 19 N° 7 letra i), toda vez que dicha norma se refiere a funciones jurisdiccionales y no es

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.

aplicable a un órgano que justamente tiene prohibición de ejercer dichas labores jurisdiccionales; además el artículo 5 de la Ley del Ministerio Público no lo exige y por lo tanto no podemos imponer a los ciudadanos más requisitos que aquellos establecidos por la ley¹⁵⁵.

Resulta pertinente además señalar que en aquellos casos en que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva, cuando expresamente está prohibido ordenarla de acuerdo al artículo 141 del Código Procesal Penal, podría configurarse la hipótesis de estar actuando el funcionario arbitrariamente o desplegando una conducta injustificadamente errónea.

b) Actividades de investigación: El artículo 181 del Código Procesal Penal¹⁵⁶ establece ciertas actividades mínimas que debe

¹⁵⁵ En el mismo sentido: Corte Suprema (2009) Rol 7854-2008, considerando 14º: "(el artículo 5) señala un caso de responsabilidad administrativa del Estado, mas no jurisdiccional, puesto que naturalmente no puede generar esta clase de responsabilidad la actividad de un órgano que tiene prohibido ejercer labores jurisdiccionales. Podría tal vez estimarse esta responsabilidad como complementaria a la norma del artículo 19 Nº 7 letra i) de la Constitución Política, sólo en cuanto que los ciudadanos cuentan con una acción para exigir indemnización por los errores injustificados o por la arbitrariedad de las resoluciones condenatorias de los jueces y tienen ahora, además, una acción para dirigirse contra el Ministerio Público, que es el que presenta los cargos y dirige la investigación en los casos que la ley le encomienda. Sin embargo, tal complementariedad no supone que deba existir una declaración previa de la Corte Suprema acerca de la existencia de la actuación arbitraria o injustificadamente errónea del Ministerio Público, como requisito para demandar en busca del reparo a sus perjuicios, lo que supondría agregar a la acción establecida un requisito que ella no contempla".

¹⁵⁶ "Para los fines previstos en el artículo anterior, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se

realizar el fiscal a fin de esclarecer el hecho punible y la participación de los imputados.

En este caso, se puede generar responsabilidad por acción del Ministerio Público al realizar las diligencias determinadas en esta norma de manera negligente y sin el debido cuidado; o también por omisiones, en el caso que no se realicen dichas diligencias de investigación, siempre que ello conlleve algún perjuicio determinado para la persona que alega la acción de indemnización.

c) El Principio de oportunidad: Este principio es de cargo exclusivo del Ministerio Público, vale decir quien toma la decisión de aplicarlo es el fiscal y por lo tanto la afectación del derecho que se puede producir y consecuentemente los perjuicios que acarrea serían de cargo del Ministerio Público toda vez que el artículo habla de una decisión motivada.

d) La "autodenuncia": Si el Ministerio Público niega este derecho sin razón alguna, de manera injustificada o arbitraria, se podrá accionar contra el Estado, pese a que el artículo no menciona acción en caso de no obtener una respuesta, o en el caso que se obtenga

hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente.

Para el cumplimiento de los fines de la investigación se podrá disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados. En estos casos, una vez verificada la operación se certificará el día, hora y lugar en que ella se hubiere realizado, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes hubieren intervenido en ella, así como la individualización de la persona sometida a examen y la descripción de la cosa, suceso o fenómeno que se reprodujere o explicare. En todo caso se adoptarán las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación".

una respuesta desfavorable por parte de las autoridades del Ministerio Público.

e) Exámenes corporales: Esta diligencia de investigación la encontramos establecida en el artículo 197 del Código Procesal Penal¹⁵⁷ y afecta de manera directa el derecho a la intimidad que tiene toda persona. Es por esta razón, y atendido que el artículo 5 de la Ley del Ministerio Público busca proteger una variada gama de garantías constitucionales, que se exige que el fiscal debe justificar dicha diligencia, pudiendo la persona eventualmente negarse, cuestión que significaría la necesidad de requerir autorización judicial.

De lo dicho con anterioridad, podemos extraer que podría eventualmente existir por parte del fiscal una medida arbitraria o injustificadamente errónea, incluso cuando no sea necesario practicarla.

f) Actuar con criterio objetivo: Creemos que el fin del artículo 5 de la Ley del Ministerio Público justamente es evitar una subjetivación en una determinada investigación. Vale decir, en la medida que el fiscal actúe objetivamente, creemos que no se producirá por su parte

¹⁵⁷ "Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero".

una conducta injustificadamente errónea o arbitraria. Solo los jueces pueden sacar conclusiones respecto de los hechos probados en un determinado proceso, y por lo tanto en caso que se busque demostrar una apreciación personal del fiscal, podría incurrir en arbitrariedades respecto de las cuales el Estado deberá responder.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

g) Formalización de la investigación o de cargos: Es interesante esta función de los fiscales, toda vez que, siempre siguiendo a Wigg, no se dan los requisitos exigidos en la norma en análisis a fin de configurarse la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, la formalización de la investigación está definida en la ley como una "comunicación" y como tal no estamos en presencia de una afectación de un derecho. Ahora bien, distinta es la hipótesis en el caso que existan ciertas diligencias en el transcurso de la investigación que puedan afectar derechos o se soliciten ciertas medidas precautorias que están establecidas en la ley.

Por nuestra parte, nos alejamos un poco de esta postura dado que en la práctica procesal chilena se sostiene que "(...) los beneficios procesales del imputado respecto de quien se formaliza investigación son de carácter colateral e indirecto, si es que dichos beneficios efectivamente se presentan. El imputado no satisface carga o

expectativa procesal alguna con la formalización, y en realidad, su situación se ve sensiblemente desmejorada. El gran interesado en la formalización es el fiscal, quien satisface una carga procesal¹⁵⁸. De esta manera, cuestionamos lo planteado por Wigg dado que el acto de la formalización de la investigación podrá devenir en arbitraria, siendo fundamento para solicitar medidas cautelares personales (incluso la de mayor intensidad como lo es la prisión preventiva), siendo el paso previo y necesario para acusar, y requisito para que se autoricen algunas diligencias de investigación, dando así derecho a la víctima para obtener una tutela efectiva judicial y, por cierto, que generará una afectación de la presunción de inocencia en las causas de connotación pública.

f) Cierre de la investigación: En relación a dicha función creemos importante mencionar el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal¹⁵⁹, dado que una vez cerrada la investigación, es una facultad

¹⁵⁸ Ried, I. (2017), pp. 87-114. En el mismo sentido, Vera, R. (2018), pp. 203-221. Lo que finalmente ha sido reconocido por la Corte Suprema Chilena en rol 671-2013.

¹⁵⁹ "Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido".

inherente del fiscal comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento. No obstante, dicha facultad puede ir contra los derechos de las víctimas, quienes amparados en sus garantías constitucionales pueden "requerir la tutela efectiva del derecho que reclama, sobre la cual debe pronunciarse la jurisdicción y no la fiscalía, que es un órgano administrativo que no ejerce funciones jurisdiccionales."

La investigación y no solo el procedimiento judicial debe ser racional y justo, no obstante, el artículo 248 letra c) excluye la posibilidad tanto respecto de la víctima de perseguir al Estado por las actuaciones manifiestamente erróneas y arbitrarias del Ministerio Público, por cuanto la facultad en comento es privativa y discrecional de dicho órgano, como de perseguir al Estado por el imputado por error judicial ya que si bien se deja sin efecto la formalización, no hay sobreseimiento definitivo, por lo que creemos merece una revisión por parte del legislador.

6.- Responsabilidad del Estado por error judicial.

Antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal chileno (año 2000), existía una norma constitucional que solo hacía responsable a la figura "análoga"¹⁶⁰ al Ministerio Público, los jueces penales (artículo 19 N° 7 letra i). En otras palabras el juez, en su rol

¹⁶⁰ Ello se debe a que antes del Ministerio Público no existía ningún organismo persecutor, sino que era el mismo órgano jurisdiccional el que instruía, acusaba y además le tocaba la tarea de sentenciar, denominados Juzgados del Crimen.

de investigador de los delitos, acusador y sentenciador podía ser responsabilizado en caso que concurrieran los presupuestos constitucionales exigidos por dicha norma.

Al crear el Ministerio Público, y al dictarse su Ley Orgánica, no se alteró el referido precepto constitucional, sino que tanto la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público como la responsabilidad por error judicial coexisten en el sistema jurídico. De esta forma, el objetivo que tuvo a la vista el legislador era cumplir con el mandato constitucional de garantizar los derechos esenciales de la persona humana que se podrían ver vulnerados tanto en el curso de una investigación como en el desarrollo del juicio penal y la posterior dictación de la sentencia¹⁶¹.

Además, cabe hacer mención que los fiscales del Ministerio Público no pueden ejercer actividad jurisdiccional, por lo que no les resulta aplicable la responsabilidad en el caso del error judicial, que de manera expresa se aplica solo en el caso de resoluciones emanadas de tribunales de justicia que se estimaren injustificadamente erróneas o arbitrarias¹⁶².

Pese a que la norma del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política no resulta aplicable a los agentes del Ministerio Público, es del

¹⁶¹ Artículo 5, inciso segundo de la Constitución Política de la República: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

¹⁶² Vodanovic, N. (2005), p. 209-214.

todo pertinente analizar brevemente su contenido, ya que ambas normas utilizan el mismo factor de atribución por conductas injustificadamente errónea o arbitraria, como se ha referido. Al efecto, la historia de la Ley del Ministerio Público expone que "(...) el Estado será responsable por los "actos injustificadamente erróneos o arbitrarios del Ministerio Público". Este criterio fue aceptado por la Comisión legislativa respectiva al tener concordancia con la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, la cual procede respecto de aquella resolución que sea "injustificadamente errónea o arbitraria", sin perjuicio de que esta última se encuentra constitucionalmente restringida a los casos que hayan redundado en el sometimiento a proceso o condena del afectado"¹⁶³. De esta manera, lo que buscaba el legislador era que se aplicara gran parte de la doctrina y jurisprudencia del error judicial en lo que respecta al Ministerio Público.

Pese a lo anterior, ambos regímenes guardan diferencias respecto de su procedencia y aplicación.

6.1.- Acción de indemnización por error judicial.

La acción de indemnización por error judicial se encuentra regulada en el artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución Política de la República, que señala: "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

¹⁶³ Boletín N° 2.152-07-01 (1999).

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”.

A fin de conceptualizar, podemos señalar que el error judicial es “el falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso”¹⁶⁴.

Esta norma constitucional tiene su fundamento en el Estado de Derecho, dado que el ordenamiento jurídico no tolera injusticias ni arbitrariedades, y en que los jueces no se encuentran excluidos de dicha premisa.

Así, lo que protege es la dignidad de la persona humana, cuestión que ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema: “(...) el alcance del derecho que instaura la Constitución Política de 1980, en la letra i) del N° 7° del artículo 19°, no es otro que velar por y proteger la dignidad de las personas, resarciéndoles los perjuicios efectivos o simplemente morales que hubiesen sufrido por una resolución injustificadamente errónea o arbitraria, que los hubiera sometido a proceso a satisfacer condena”¹⁶⁵.

De la simple lectura del artículo en comento, es posible deducir que, en primer lugar, se puede desprender que por la exigencia de los

¹⁶⁴ Citado en: Fernández, M. (2006), p. 3

¹⁶⁵ Cea, J. (2000), p. 146.

requisitos, esta indemnización solo procede en casos excepcionales, cuando el órgano jurisdiccional haya vulnerado garantías de manera grave; y, además, la norma establece cuáles son los requisitos y supuestos que se exigen a fin de que proceda la referida indemnización, a saber¹⁶⁶:

a) La acción debe intentarse en el marco de una resolución judicial dictada en un juicio criminal que infrinja perjuicio: De esta manera, se excluyen conductas de órganos que no sean jurisdiccionales, ya que solo los tribunales de justicia tienen la facultad de dictar resoluciones, y, además, se exceptúan el resto de resoluciones que posean una naturaleza distinta a la criminal.

En este sentido, creemos que se aclara de mejor manera lo recién expuesto, con la distinción que se hace entre el error judicial en el sentido amplio y en el sentido restringido. En el primero de los casos, el error judicial comprende todo proceso judicial, tanto civil como penal, y además no solamente los perjuicios producidos al inocente, sino también los errores o faltas que afecten al culpable. Por último, puede incluir, además, tanto el error de hecho como el error de derecho. El error judicial en sentido restringido en cambio, se refiere exclusivamente a aquel cometido durante el proceso criminal, en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, dictándose el correspondiente sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria¹⁶⁷. Esto no quiere decir que en el marco de otros procesos las personas cuyas resoluciones infundadas causen

¹⁶⁶ Recogido de: Wigg, I. (2015), pp. 105-107.

¹⁶⁷ En el mismo sentido: García, H. (1997), p. 224.

perjuicios se vean desamparadas, sino que los jueces serán responsables en función del artículo 6 y 7 de la Constitución¹⁶⁸.

Cabe referir que este régimen, como se viene sosteniendo, no se aplica en el caso del Ministerio Público, el cual tiene prohibición de ejercer funciones jurisdiccionales y, por lo tanto, no dicta resoluciones.

b) El demandante debe ser una persona que hubiera sido procesada o condenada en cualquier instancia: La exigencia constitucional de haber sido sometido a proceso tiene que ser interpretada en sentido amplio.

En este orden de cosas, se refiere a que el afectado haya sido sujeto a un proceso penal y a su respecto, procederá la acción contra cualquiera de las resoluciones que le hayan afectado. En efecto, de la historia fidedigna de la ley podemos colegir lo anteriormente afirmado, pues Alejandro Silva Bascuñán expresa que "el proceso penal es un universo jurídico"¹⁶⁹. No se quiso en ningún caso reducir el examen al

¹⁶⁸ Artículo 6: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Artículo 7: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

¹⁶⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1975c).

auto de procesamiento¹⁷⁰ y esa es la razón por la que la norma utilizó un vocablo denotativo de la idea que el afectado ha sido sujeto de un proceso penal y contra él se ha llevado un juicio en su contra, pudiendo dirigirse la acción contra cualquiera de las resoluciones que se hayan dictado en el marco de aquel juicio.

Este principio guarda coherencia con la responsabilidad en lo relativo al Ministerio Público.

c) Debe existir en lo que respecta al demandante una sentencia que declare el sobreseimiento definitivo del imputado o lo absuelva. Este requisito no se aplica en lo que respecta al Ministerio Público, ya que podrá intentarse la indemnización a la que hacemos referencia, aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso determinado.

d) Otra exigencia se refiere a los requisitos comunes a toda indemnización, en el sentido que el actor debe haber sufrido un perjuicio a causa de la resolución que se pretende sea declarada errónea o arbitraria: El perjuicio al que nos referimos puede ser de orden tanto patrimonial como moral.

e) Finalmente, se requiere que la resolución que sirve de base a la indemnización por error judicial que se reclama haya sido previamente declarada como injustificadamente errónea o arbitraria por la Corte Suprema. Este requisito no se aplica en lo que respecta al

¹⁷⁰ El auto de procesamiento es la resolución judicial que se dictaba en el sumario del antiguo proceso penal, mediante el cual se iniciaba el procedimiento contra el inculpado. La importancia de esta resolución es que el inculpado pasaba a ser "procesado" con lo cual sus derechos personales y patrimoniales se ven limitados. Esta resolución se dictaba cuando se reunían los requisitos que establece el Código de Procedimiento Penal, artículo 274.

Ministerio Público, ya que la ley no lo exige de manera expresa y no se pueden aplicar más obstáculos al afectado que los presupuestos legalmente exigidos.

Es el cumplimiento de este último requisito el que ha dificultado la interpretación de la norma y la aplicación de la misma, ya que la Corte Suprema ha tenido una ardua labor de interpretación al determinar si respecto de las circunstancias fácticas de un caso concreto se cumple con que la resolución sea injustificadamente errónea o arbitraria.

6.2.- Concepto de "injustificadamente errónea o arbitraria".

Desde la vigencia de la disposición constitucional se ha intentado precisar a qué se refiere la expresión "resolución (...) injustificadamente errónea o arbitraria", ello porque, las expresiones en análisis son "conceptos jurídicos abiertos o indeterminados"¹⁷¹⁻¹⁷².

Si bien esto no ha sido precisado por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina han intentado aclarar el alcance y contenido de estos conceptos.

La Corte Suprema, por su parte, ha establecido ciertas orientaciones, cuyo propósito es establecer el sentido y alcance de la

¹⁷¹ Ducci, C. (1989), p. 78.

¹⁷² Al efecto, el Tribunal Constitucional (2014) Rol 2731-2014 señala en voto disidente que: "los conceptos jurídicos indeterminados" (...) son ampliamente aceptados en la doctrina por permitir una sola solución justa en concretas circunstancias, sin perjuicio de ser justiciables en su aplicación por parte de los tribunales (...)" p. 177.

expresión constitucional referida, para lo cual ha recurrido a las reglas de hermenéutica legal. Así se ha interpretado del texto normativo que "(...) la expresión injustificadamente errónea o arbitraria se refiere a aquellos casos en que el sentenciador, sea al someter a proceso o al condenar a una persona determinada, lo haga tomando una decisión carente de motivación alguna, sin razón o causa plausible, exento de justificación, sin fundamento racional, esto es, inexplicable"¹⁷³.

Este concepto debe complementarse además con lo que ha resuelto la Corte Suprema en el siguiente sentido: "no es suficiente que "(...) (la resolución sea) equivocada, inexacta, desacertada o continente de un juicio falso, sino que es indispensable que sea injustificada"¹⁷⁴. Continúa el sentenciador: "una resolución o sentencia es injustificadamente errónea, cuando los razonamientos

¹⁷³ Corte Suprema (1993) Rol 28963-1993, considerando 4º. Además, en dicha sentencia se ha conceptualizado en qué tipo de situaciones nos encontramos frente a un error judicial manifiesto al decir: "Que en cuanto al verdadero sentido y alcance de la expresión constitucional antes referida, esta Corte Suprema, en reiterados fallos sobre la materia, y teniendo especialmente en consideración las reglas de hermenéutica legal consistentes en entender las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas y en las de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, ha concluido que la expresión injustificadamente errónea o arbitraria se refiere a aquellos casos en que el sentenciador, sea al someter a proceso o al condenar a una persona determinada, lo haga tomando una decisión carente de motivación alguna, sin razón o causa plausible, exento de justificación, sin fundamento racional, esto es, inexplicable (...) Para que tal evento ocurra sería menester que del mérito del proceso no surgieran los antecedentes indispensables para sostener la decisión en cuanto a las exigencias mínimas necesarias para dar por probados los hechos investigados y calificar así el delito y sus circunstancias; o bien la evidente inexistencia de antecedentes que permitan atribuir al procesado algún grado de participación en ellos, todo de manera tal que la resolución impugnada se funde en consideraciones y conclusiones separadas de la realidad del proceso, conteniendo errores sin justificación; o en una ineficiencia inexcusable del juez en la ponderación de los antecedentes allegados".

¹⁷⁴ Corte Suprema (2008) Rol 3815-2006, considerando 6º.

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”¹⁷⁵¹⁷⁶.

En el proceso que se dicte la resolución en la que se funda la acción de error judicial no debe existir mérito alguno que justifique la decisión adoptada¹⁷⁷. De este modo el Máximo Tribunal chileno ha establecido como parámetro que aquellas resoluciones que no se

¹⁷⁵ Corte Suprema (2008) Rol 3815-2006, considerando 7°.

¹⁷⁶ Recientemente la Corte Suprema en los autos Rol 63.372-2020 (2021) ampliando dichos conceptos ha señalado “...los términos ‘injustificadamente errónea’ y ‘arbitraria’, calificativos que sólo pueden aplicarse a una resolución judicial que contradice a la razón, que es inexcusable, que ha sido decretada de manera irregular, que carece de una explicación lógica, de motivación y racionalidad. Es decir, no puede erigirse como motivo suficiente y constitutivo de una actuación procesal injustificadamente errónea o arbitraria la discrepancia con los juicios de valor allí emitidos”.

¹⁷⁷ En el mismo sentido véase: Corte Suprema (1998) Rol 4139-1997: “Que si del expediente a la vista, resulta que el auto de procesamiento impugnado fue dictado con antecedentes que hacían procedente tal resolución, lo que excluye totalmente la posibilidad de calificarlo como injustificadamente erróneo o arbitrario y si bien ellos resultaron insuficientes para formarse la convicción plena, necesaria para condenar, ello no significa, en atención a la gradualidad que inspira nuestro ordenamiento procesal penal, que al ponderarlos como eficaces para la dictación del auto de procesamiento, se hayan configurado las situaciones que hacen procedente la declaración que da lugar a la indemnización de perjuicios según el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República”.

ajusten a las reglas de la sana crítica son susceptibles de ser calificadas como injustificadamente erróneas o arbitrarias¹⁷⁸.

A partir de esto, 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 detenidamente los antecedentes que se invocan para dar por acreditada la existencia de un delito. Es decir, exigiría 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"; cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha demostrado renuente a admitir el "error judicial", es decir, a calificar el injusto.

En lo que respecta a la historia fidedigna de la ley, dentro de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, se dejó establecido que "el error judicial se refiere (a una resolución judicial) en cuya dictación ha existido, por una parte, error craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible, al carecer de un fundamento racional o, por otro lado, la

¹⁷⁸ En el mismo sentido: Corte Suprema (1999) Rol 2738-1999, considerando 7º: "Que del análisis de los diversos antecedentes de convicción reunidos hasta el pronunciamiento del fallo que condenó a Kjell Arne Sundli, rolante a fs. 351 de los autos Rol Nº 17.460 del Tercer Juzgado del Crimen de Iquique, que se tienen a la vista, y a que se hace mención en esa misma actuación, aparece que aquéllos fueron suficientes para tener por configuradas las presunciones judiciales que se describen y evaluaron conforme a las reglas de la sana crítica, de lo que derivó la convicción del sentenciador acerca de que Sundli tenía participación de autor en el delito materia de esos autos. Apareciendo, además, sustentable las afirmaciones jurídicas que en tal resolución se hacen, y que concluyen en la condena del encartado; adecuándose, además la resolución a las formalidades requeridas".

decisión tenga por base una conducta arbitraria, al ser contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada sólo por la voluntad o el capricho de quienes la disponen”¹⁷⁹.

En este sentido, se discutió: “El señor Evans señala que la resolución puede ser claramente errónea, manifiestamente errónea y gravemente errónea, y no obstante ello ser justificadamente errónea, porque pueden haber sido de tal naturaleza las pruebas que los testigos allegaron para configurar la culpabilidad del sometido a proceso, que realmente el juez no haya tenido otra cosa que proceder de esa manera. Su error es justificado. ¡Cómo va a haber error judicial si al juez se le brindaron este cúmulo de pruebas circunstanciales o de antecedentes que lo llevaron a la convicción de culpabilidad o de elementos que configuraron presunciones de tal naturaleza que no aparecía otra solución que la encargatoria de reo y, en definitiva, la sentencia condenatoria de primera instancia! El error aparece como justificado. Pero ¿cuándo es injustificado el error? Cuando no hay elementos que intelectualmente a una mente normal puedan haberla llevado a la conclusión a que llegó el juez. Esa es la arbitrariedad”¹⁸⁰.

Por su parte, la doctrina ha señalado que “estamos en presencia de un error injustificado, esto es, grave, más aun, grosero, cuando habiendo tenido el juez la intención de sustentar su acto jurídico terminal –la sentencia– en una norma de Derecho, a pesar suyo equivocadamente y por conocer muy somera e imperfectamente el

¹⁷⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1975a).

¹⁸⁰ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1975b).

Derecho, ha errado en su propósito, cometiendo una irregularidad manifiesta e inconcebible de parte de un órgano, remoto, se encontraría en una inadecuada gestión de la función pública jurisdiccional. En cambio, cuando el vicio es manifiestamente arbitrario, la situación es distinta, aunque las consecuencias sean idénticas, es decir, la obligación de indemnizar todo daño causado. La arbitrariedad se produce, en este caso, por la circunstancia evidente de que el juez al fallar no exteriorizó haber tenido la menor intención, inquietud o el más elemental propósito de sustentar su acto terminal sobre una norma de Derecho. En tal supuesto, la arbitrariedad no es sino la consecuencia del capricho de un funcionario, el cual, sintiéndose por encima del Derecho o, en todo caso, no ligado por aquél, deliberadamente lo ignora, a punto tal que no lo toma ni siquiera como referencia orientadora del contenido de la sentencia condenatoria¹⁸¹.

La doctrina, además, es conteste en la entidad de la infracción. Como indica Hernán García Mendoza, el error es injustificado "cuando no hay elementos que intelectualmente a una mente normal puedan haberla llevado a la conclusión a que llegó el juez"¹⁸². Incluso con mayor elocuencia se expresa José Luis Cea Egaña, para quien "no es suficiente para configurar el error judicial una negligencia grave, menos la interpretación equivocada del ordenamiento jurídico. Debe tratarse, entonces, de un caso en que el magistrado ha dejado patente la desidia extrema en el estudio de los antecedentes del proceso, la

¹⁸¹ Caldera, H. (1982), pp. 31-32.

¹⁸² García, H. (1997), p. 237.

falta de acuciosidad y equilibrio en la evaluación de los autos, la insostenible calificación jurídica que hizo de los hechos y sus secuelas, de todo lo cual se colige que existe error y que este es, además, inexplicable, inadmisibile o inaceptable, quedando la culpa grave y el dolo como causales únicas para explicar, sin jamás justificar, tan reprochable incumplimiento del ministerio judicial"¹⁸³. Respecto del error injustificado, el mismo autor ha planteado que este "se debe fundar en que no existe ninguna circunstancia en los autos que lleven al magistrado a dictar dicha resolución. En tanto la arbitrariedad debe fundarse en un hecho o circunstancia ajena al proceso, siendo un concepto meta positivo, sinónima de capricho, mala intención, dolo o culpa grave; es un concepto que excede los marcos de la norma. Todo lo cual entendido en el marco de una interpretación finalista"¹⁸⁴.

Finalmente, es del caso mencionar que creemos que se debe hacer una distinción entre las dos casuales establecidas por la norma. Así, debe distinguirse entre que el juez haya actuado de manera injustificadamente errónea, y, por otro lado, que su actuar haya sido arbitrario. Si bien la acción es la misma y la indemnización será igual, corresponde dilucidar ambos vocablos ya que resultaría muy distinto el fundamento de uno o de otro. Además cabe hacer presente que el adverbio "injustificadamente" solo se aplica a lo erróneo y no a lo arbitrario aunque podemos estar de acuerdo, que lo arbitrario es por cierto injustificado. A esto se refiere Jorge Pretch Pizarro al señalar

¹⁸³ Cea, J. (2004), p. 264.

¹⁸⁴ Cea, J. (2004), p. 257.

"No puede haber arbitrariedades justificadas o parcialmente justificadas en un Estado de Derecho, y en consecuencia, no cabe duda que "injustificadamente" solo puede predicarse al error"¹⁸⁵.

Por su parte, el error puede definirse como un concepto equivocado o juicio falso, según indica la Real Academia Española; o mejor dicho, es "una equivocación, una mala apreciación, sea de los hechos, sea del derecho, un concepto equivocado, un juicio falso"¹⁸⁶. Tal equivocación debe ser de tal entidad que no tenga justificación alguna, no tratándose de un error invencible, ya que en ese caso, existiría un motivo por el cual el juez ha actuado de determinada manera.

Que sea injustificado no se refiere a que el error sea de una magnitud gravísima, o que sea fuera de lo normal o incluso tampoco se refiere a que este alejado de la lógica o razonabilidad sino que "dice relación con lo que no encuentra soporte, apoyo o base en el proceso"¹⁸⁷. Así, lo injustificado es lo que se aleja de todos los antecedentes que nos proporciona un expediente y que tendrá a la vista el juez al tomar una decisión y posteriormente dictar una resolución, en otras palabras "cuando la sentencia impugnada contiene consideraciones y conclusiones separadas de la realidad del

¹⁸⁵ Pretch, J. (2004), p. 177.

¹⁸⁶ Pretch, J. (2004), p. 178.

¹⁸⁷ Fernández, M. (2006), p. 24.

proceso, conteniendo errores sin justificación o que son producto de la imaginación de su autor”¹⁸⁸.

Por su parte, la arbitrariedad se refiere a que “el obrar del juez carezca de motivación, sustento, lógica o razonabilidad, obedeciendo nada más que al capricho o la inquina”¹⁸⁹. En este caso no necesariamente se deberá alejar el actuar de los hechos que sustentan el proceder del juez que se encuentran en el expediente.

En resumen, el error del sentenciador será injustificadamente erróneo cuando, cualquiera sea su entidad, alcance o extensión, no pueda sostenerse en los hechos que se encuentran en el expediente que debe analizar el juez para dictar una resolución fundada, o en el derecho que ha sido invocado en el proceso. Y será arbitrario cuando resulte carente de razonabilidad, lógica o justicia.

No obstante lo anterior, ha sido criterio de la Corte Suprema sostener que el factor atributivo al que nos referimos debe entenderse “como una sola hipótesis donde deben concurrir ambos elementos”¹⁹⁰. Resulta entonces interesante hacer mención a los dichos de Domingo Hernández Emparanza en torno a la confusión que existe entre las dos hipótesis: “(...) los miembros (de la Comisión) no distinguieron técnicamente los conceptos involucrados en la frase “injustificadamente errónea o arbitraria”, sino más bien los confundieron (...) ¿En qué casos es injustificado el error?, se pregunta

¹⁸⁸ Fernández, M. (2006), p. 24.

¹⁸⁹ Fernández, M. (2006), p. 24.

¹⁹⁰ Pretch, J. (2004), p. 176.

en la comisión don Enrique Evans de relevante participación en la gestación del precepto. Y se responde: "Cuando no hay elementos que intelectualmente a una mente normal puedan haberla llevado a la conclusión a que llegó el juez" Y agrega a continuación: "Esa es la arbitrariedad"¹⁹¹.

Por otro lado la doctrina y jurisprudencia comparada han agregado que una vez que se ha determinado que existe un daño efectivo, sea patrimonial, moral o de ambas categorías, debe pasar la resolución judicial por un "examen de proporcionalidad", como lo denominan los alemanes, o según los ingleses el "examen de falta de razón" (unreasonableness).

Este examen consiste en hacerse una serie de preguntas, tales como: ¿Era la resolución o medida apta, es decir, idónea para alcanzar el fin perseguido? ¿Era la resolución o medida necesaria, es decir, era la menos gravosa para alcanzar el fin perseguido? ¿Era la resolución proporcionada, es decir, está balanceada entre el interés general en juego y la restricción o privación de derechos por lo que se ha optado como medio para conseguirlo?

Si no era apta, ni necesaria, ni proporcionada, es entonces injustificadamente errónea o arbitraria y procedería la acción por error judicial. Si bien en Chile no existe en estos términos el examen de proporcionalidad, creemos que se debe hacer el mismo ejercicio mental por el juez a fin de dilucidar si procede o no el error judicial; y

¹⁹¹ Hernández, D. (1999), p. 468.

justamente entendemos la resolución de la Corte Suprema como un control de proporcionalidad.

Lo que se busca sancionar es el error desmesurado de la decisión y es esta desmesura que causa daño la que justifica la indemnización.

Por su parte, reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, desarrollando el concepto a propósito del artículo 5° de la Ley 19.640, señala que dicha norma establece un estatuto especial de responsabilidad extracontractual por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del órgano persecutor, indicando que: "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 a repetir en su contra". Luego, es importante destacar que las expresiones usadas por el legislador para establecer la responsabilidad del Ministerio Público son similares a las consignadas en el artículo 19 N° 7 letra i) de nuestra Carta Fundamental respecto de la responsabilidad por error judicial. En este aspecto, se debe recordar que la doctrina autorizada ha dicho que "no es la conducta de los jueces la materia que se juzga, sino si objetivamente ha habido un sometimiento a juicio o una condena objetivamente errónea o arbitraria. En tal sentido, resulta de toda evidencia diferente la causa que fue sobreseída por falta de pruebas

suficientes, aunque haya habido indicios de culpabilidad, de aquella en que se demostró que el procesado o condenado no tenía relación alguna con los hechos, y que por un error demostrablemente injustificado sufrió la persecución criminal. En otras palabras, la calificación de la resolución como injustificadamente errónea o arbitraria debe entenderse compatible con un error judicial, que no sólo puede deberse a negligencia en el cumplimiento del deber, sino también a circunstancias del todo excusables desde el punto de vista subjetivo, atendidos los antecedentes disponibles y las circunstancias en que los jueces hubieron de adoptar las respectivas decisiones. En el fondo, la responsabilidad por error en el procesamiento o condena criminal errónea es la cara más extrema de las cargas públicas desiguales, de modo que no parece apropiado resolver la materia teniendo sólo en cuenta si ha habido una grave negligencia judicial” (Enrique Barros Bourie).

En la especie no cabe sino compartir lo concluido por el tribunal ad quem, pues la absolución del imputado fue motivada, según el texto de la sentencia criminal, no por la mera insuficiencia de los medios de convicción incorporados por el persecutor en juicio, sino derechamente debido a la nula práctica de diligencias mínimas y esenciales para el éxito de la investigación penal, tales como la omisión de averiguación sobre la existencia de perjuicio, así como respecto de la apropiación o distracción del dinero en cuestión, elementos indispensables y necesarios para la configuración de la figura típica de apropiación indebida prevista y sancionada en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, al punto de develarse en juicio que dichos fondos se

encontraban a disposición de la autoridad aportante en una de las cuentas corrientes de la institución que dirigía el actor. Tal obrar deficiente del fiscal a cargo de la investigación no puede sino entenderse como equivalente a culpa grave o lata, al haberse omitido las precauciones más elementales, dejando de prever lo que un persecutor medianamente diligente habría previsto, conducta que trasunta en una persecución penal que debe ser calificada como injustificadamente errónea, en los términos exigidos por la ley para el surgimiento de responsabilidad civil¹⁹².

En consecuencia, podemos señalar las siguientes conclusiones del la responsabilidad del Ministerio Público chileno, producto del artículo 5 de su ley orgánica:

a) Que en principio, para que concurra dicha responsabilidad, la pretensión sobre la cual se busca obtener una reparación por parte del Estado debe recaer sobre una "conducta" del Ministerio Público y no sobre una "decisión" que ha tomado el órgano jurisdiccional a raíz de una actuación del Ministerio Público.

b) Que de acuerdo al tenor literal de la expresión del artículo 5º y de la historia de la ley de dicho artículo, hablamos de una acción que no requiere de una calificación previa de admisibilidad por parte de la

¹⁹²Sentencia ya referida de fecha 19 de mayo de 2020, en los autos caratulados "Navarro Alcayaga, Alejandro contra Fisco de Chile", rol ingreso corte Nº 12.505-2020.

Corte Suprema como ocurre en el "error judicial"; hablamos de dos regímenes especiales de responsabilidad del Estado distintos entre sí.

c) Dicha responsabilidad procederá por una "conducta" del Ministerio Público que puede consistir tanto en una acción o como en una omisión; así se desprende de la historia de la ley.

d) Que el factor de atribución que contempla el artículo 5º de tratarse de una conducta injustificadamente errónea o arbitraria, debe interpretarse restrictivamente, buscando cautelar el principio de autonomía necesario para el buen funcionamiento del Ministerio Público.

e) Respecto del estándar, para activar la responsabilidad del estado, el artículo exige la existencia de una conducta carente de un mínimo de lógica, irracional; hablamos en definitiva de una actuación dolosa o negligente del Ministerio Público, que no se ajusta al estándar

de una investigación racional y justa, de una investigación acorde al debido proceso.

CAPÍTULO III:

EL SISTEMA PROCESAL PENAL FEDERAL ARGENTINO. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN.

7.- Aspectos generales del proceso penal argentino.

La reforma del sistema nacional de enjuiciamiento penal tiene tras de sí una larga historia de marchas y contramarchas. El Código Procesal Penal de Obarrio mantuvo intacto el sistema inquisitivo heredado de la época colonial, a pesar del mandato constitucional de reformar la legislación heredada de la Colonia - Art. 24 C.N. de 1853, y de la adopción de un modelo determinado de enjuiciamiento penal (Juicio por Jurados) y, como tal, oral, público, contradictorio y continuo.

El Código Procesal anterior fue redactado por Ricardo Levene (h) sobre la base del Código de Córdoba de 1939, y sancionado con mínimas modificaciones el mismo año en que Córdoba transforma totalmente su sistema de enjuiciamiento penal adoptando un modelo contemporáneo, en el que se destacan entre otras cosas, la investigación preliminar a cargo del ministerio público, la incorporación de jurados, la introducción de un proceso abreviado. El Legislador dejaba así de lado el proyecto de Código Procesal de 1986 - Proyecto Maier - que proponía una transformación global del sistema de enjuiciamiento penal nacional, que combinaba los principios

fundamentales de los llamados Códigos Modernos, esto es el juicio oral, público, contradictorio y continuo, con plena vigencia de los principios de inmediación y concentración.

Entre las innovaciones que contenía, colocaba la investigación preliminar al ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público, satisfaciendo las exigencias del principio acusatorio formal - distinción entre los órganos encargados de requerir y de decidir - estableciendo un órgano responsable de la ejecución de la política de persecución penal estatal, pero con amplias facultades de oponerse a ella cuando la considerara inconveniente o injusta. Se atacaba la selectividad interna del sistema, reemplazándola por una selección racional en manos de un único órgano, y según pautas fijadas en la ley sustantiva (principio de oportunidad), incluso se establecía el procedimiento monitorio para casos leves. También se preveía distintas medidas alternativas a fin de sustituir el encarcelamiento preventivo, como ser el arresto domiciliario, prohibición de salir del país de frecuentar determinados lugares, entre otras.

La libertad del imputado era el principio general; y por fin se hacía efectivo el mandato constitucional ordenando el juicio por jurados para las causas penales mediante la adopción del jurado escabinado. Se dejó así de lado una inmejorable oportunidad para contar con un sistema de enjuiciamiento penal acorde a la época.

Pero llegamos al año 2014, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 27.063, que aprobaba el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. El flamante cuerpo normativo daría el marco formal para

la investigación y el juzgamiento de los delitos federales cometidos en cualquier lugar del país, en un modelo acusatorio, eliminando el sistema mixto existente.

En junio de 2015 se aprobó la Ley 27.150, que establecía cómo sería la implementación del nuevo Código. Esta ley decía: "Artículo 1º.- Implementación progresiva. El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063 se implementará en forma progresiva, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley. Art. 2º.- Entrada en vigencia. El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 27.063 entrará en vigencia: a) En el ámbito de la Justicia Nacional, a partir del 1º de marzo de 2016; b) En el ámbito de la Justicia Federal, de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación".

Por lo tanto, el nuevo Código debía comenzar a implementarse, de manera gradual, a partir de marzo de 2016 en la ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, dicha implementación se vio frenada. Pocos meses antes de la fecha establecida, se hizo evidente que no existían las condiciones materiales mínimas para que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación pudiera ser implementado.

A modo de reseña cabe destacar que cuando hablamos de Justicia Nacional de la Ciudad de Buenos Aires nos referimos al conjunto de juzgados, fiscalías y defensorías con el carácter particular que tenían previamente a la reforma constitucional de 1994, y cuya

transferencia, de la Nación a la Ciudad Autónoma, generó discusión parlamentaria con pronóstico de finalización para el primer lustro de la siguiente década.

En este supuesto, nos encontramos ante el absurdo de que se destinaría gran cantidad de recursos presupuestarios para poner en marcha un nuevo sistema procesal en un ámbito judicial que, más temprano que tarde, tenderá a ser transferido al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sumado a ello, la Comisión Bicameral puesta en funcionamiento a partir de la sanción de la Ley 27.063 y la Unión de Empleados de Justicia de la Nación expresaron que no estaban dadas las condiciones básicas para asegurar la implementación en el plazo previsto. Esta advertencia coincidía con la opinión de las distintas organizaciones de la sociedad civil, quienes manifestaron que el proceso previsto conduciría a un completo fracaso del nuevo paradigma acusatorio que se quería poner en funcionamiento¹⁹³. Un nuevo sistema procesal que cambiaría totalmente el sistema de investigación de los delitos requería un andamiaje que hiciera posible su puesta en práctica.

Por otra parte, al nuevo código se le detectaron muchas carencias. Se vio, por ejemplo, que no resultaba idóneo para combatir el crimen organizado y la corrupción, típicos delitos que corresponden a la órbita federal. Ante esta situación, el Poder Ejecutivo decidió

¹⁹³ Pese a lo anterior, no hay que pasar por alto que la competencia federal por materia tiene vigencia en todo el país, por lo que los delitos relacionados a narcotráfico, contrabando, armas de guerra y secuestros extorsivos son materias de competencia federal en todo el territorio nacional.

suspender la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación hasta tanto se realizaran los preparativos para el correcto funcionamiento del nuevo cuerpo legal. Así, en diciembre de 2015, el presidente Mauricio Macri firmó el Decreto de Necesidad y Urgencia 257/2015, que establecía: Artículo 1º.- Sustitúyese el artículo 2º de la Ley Nº 27.150 por el siguiente: "Art. 2º.- Entrada en vigencia. El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley Nº 27.063 entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Consejo de la Magistratura de la Nación".

De ahí en adelante surgieron diferentes reformas al texto del Código, las que constituyen su actual normativa, la que comenzó a aplicarse el 10 de junio de 2019 en las provincias de Jujuy y Salta.

El 19 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, mediante su resolución Nº 2/2019, resolvió iniciar el proceso de implementación territorial del Código Procesal Penal Federal para su aplicación integral en todas las causas que se inicien en las jurisdicciones de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza y de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, conforme el cronograma que se establezca por dicha comisión en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Consejo de la Magistratura del

Poder Judicial de la Nación, la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación.

Sin embargo, dicha Comisión de monitoreo fue conformada recientemente los primeros días del mes de julio de 2020.

Siguiendo en esta materia a Álvarez¹⁹⁴ el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en adelante, Código Procesal Penal Federal, adopta como sistema de enjuiciamiento el modelo acusatorio dejando atrás el viejo sistema mixto con claros tintes inquisitivos. Este cambio de paradigma implica, refiere el autor, profundas transformaciones en la administración de justicia, en las funciones y los roles asumidos por cada uno de los sujetos que intervienen como también en las etapas del propio proceso penal.

Dar cuenta que ya el proceso de reforma procesal penal venía dándose en las provincias desde hacía años, así a finales de la primera década de este siglo "la implementación del paradigma adversarial en todo el territorio de la nación era aún incipiente: en 11 de las 25 jurisdicciones que representan el 79% de la población, se habían transferido las facultades de investigación al Ministerio Público. Sin embargo el desarrollo de prácticas orientadas a hacer efectivas las garantías del debido proceso - como son las audiencias orales tempranas - era prácticamente inexistente."¹⁹⁵

Con la sanción del nuevo código, el sistema procesal federal argentino abandona definitivamente el modelo procesal inquisitivo

¹⁹⁴ Álvarez, J. (2014)

¹⁹⁵ Ricci, M. (2007), p. 14.

que, pese a las reformas del año 90 al incorporar la oralidad y adaptarse a un sistema mixto, seguía vigente en nuestro país.

El sistema inquisitivo se ha conectado siempre con la necesidad de asegurar la concentración del poder y con el control férreo de la actividad de los jueces, especialmente los que ejercen la potestad jurisdiccional en los eslabones más bajos del organigrama judicial. Está caracterizado por la nota fundamental de reunir en la misma persona las funciones de requerir, instruir y juzgar, y tiene ejemplos históricos en el Derecho canónico medieval y especialmente en el Antiguo Régimen absolutista. El actual sistema de garantías procesales fundamentales, en los que se inserta el derecho de defensa, la libre valoración de la prueba, la imparcialidad del juzgador o el derecho a un juicio público, hace que el proceso histórico inquisitivo, como nota acertadamente Bachmaier, no sea "en ningún caso una opción válida"¹⁹⁶.

Por otro lado, la diferenciación personal y objetiva entre los sujetos encargados de acusar y juzgar es el rasgo fundamental del

¹⁹⁶ Bachmaier, L (2008), p. 12.

sistema acusatorio, al parecer más antiguo¹⁹⁷, que concibe un proceso con dicha dualidad de posiciones¹⁹⁸.

Por tanto, es consustancial al principio acusatorio la existencia de una contienda procesal entre acusador y acusado cuya resolución

¹⁹⁷ Algunos autores han situado los orígenes más remotos del sistema acusatorio en la Antigüedad Clásica. Así, Ambos, K.: "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica", en Bachmaier Winter, L. (coord.): *Proceso penal y sistemas...*, op. cit., pp. 50-53. También Nuzzo, F.: *L'appello nel processo penale*. Giuffrè, Milán, 2005, pp. 5 y ss. Para una visión panorámica sobre el desarrollo histórico y las notas que definen los sistemas procesales en cada momento, véanse las ya clásicas obras de Manzini, V.: *Tratado de Derecho Procesal* (t. I). EJE, Buenos Aires, 1951, pp. 3-104; Vélez Mariconde, A.: *Estudios de Derecho Procesal* (t. I). Universidad de Córdoba, Córdoba, 1956, pp. 9-139; Vergé Grau, J.: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 15-45; Maier, J. B. J.: *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (2.ª ed.) (t. I). Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 259-468; Cordero, F.: *Procedura Penale* (8.ª ed.). Giuffrè, Milán, 2006, pp. 17-101.

¹⁹⁸ Por ejemplo, Bettiol, G.: *Instituciones de derecho penal y procesal*. Bosch, Barcelona, 1977, p. 279, señala como notas fundamentales del proceso acusatorio «la plena publicidad de todo el procedimiento; la libertad personal del acusado hasta la condena definitiva; la igualdad absoluta de los derechos y los poderes entre el acusador y el acusado; la pasividad del juez en la recogida de las pruebas tanto de imputación como en descargo; la continuidad del contexto; la síntesis en todo el procedimiento». Andrés Ibáñez, P.: "Por un Ministerio Público "dentro de la legalidad", en Maier, J. B. J.: *Nueva Doctrina Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 465-466, explica que "[s]lo hay proceso acusatorio en presencia de un juez tercero, llamado a decidir una contienda entre partes, efectivamente regida por el principio de contradicción, materializado este en un juicio oral y público, decidido mediante valoración en conciencia, suficientemente motivada, de -solo- lo que en él resulte probado". Para Letelier Loyola, E.: *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 48-49, los caracteres esenciales del principio acusatorio son: la limitación para que los jueces actúen de oficio, la estricta asignación de los roles de investigar, acusar y juzgar a órganos distintos; el respeto a la correlación entre acusación y sentencia; y la vigencia de la prohibición de la *reformatio in peius*. Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1989, p. 564, defiende que "se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción".

se encomienda a un órgano imparcial y ajeno a la disputa. Ello implica, correlativamente, la neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y el enjuiciamiento por parte de un órgano independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio¹⁹⁹.

Desde un punto de vista histórico, la diferencia entre ambos sistemas, inquisitivo y acusatorio, responde en última instancia a la cuestión de quién detenta el poder de acusar y cuál es la posibilidad e intensidad de las facultades del juez para actuar de oficio²⁰⁰. De hecho, ya en la Francia napoleónica, el Code d'Instruction Criminelle de 1808 inauguró un sistema mixto, llamado también acusatorio formal, en el que la instrucción se encomendaba a un juez que, a través de un procedimiento escrito y secreto, debía valorar si existía fundamento para acusar y, en ese caso, dar traslado a un órgano distinto ante el cual el acusado tenía la posibilidad de defenderse en un juicio público.

Con estos nuevos aires de reforma, se pretendían superar los excesos del sistema heredado, como los poderes desorbitantes de un único órgano encargado de la instrucción y el enjuiciamiento, o la

¹⁹⁹ En este sentido, entre otras muchas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 18/1989, de 30 de enero (FJ 1.º).

²⁰⁰ Illuminati, G., en Bachmaier Winter, L. (2008). Para el jurista italiano, el principio acusatorio se puede definir como aquel según el cual "la prueba se obtiene a través del enfrentamiento contradictorio entre las partes, ante el juez decisor", pp. 137 y 138

utilización de la tortura para obtener la confesión del acusado; técnica que dejó de ser útil en este momento en que se sustituyó el sistema de prueba tasada por la libre valoración de la prueba (intime conviction)²⁰¹.

El sistema acusatorio se ha entendido como "ineludible sinónimo de modernidad"²⁰², y seguramente se deba al entendimiento de que las consecuencias prácticas de sus postulados ideales contribuyen de la manera más fiel posible a una recta administración de justicia. Para Ferrajoli, más aún, el sistema acusatorio es aquel que "...concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada, a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción."²⁰³ Así, los elementos estructurales, sin perjuicio de que puedan ser complementados con otros que ha detallado la doctrina más autorizada, o reconducidos a los derechos que perfilan la completa configuración del proceso penal actual, son a) la división de las funciones de instruir y juzgar, b) La congruencia entre acusación y fallo. El derecho a ser informado de la acusación. La prohibición de la reformatio in peius y, c) El derecho a un juicio público y contradictorio.

En el modelo del common law la etapa de instrucción se encuentra desburocratizada y, por ende, no se encuentra sujeta a

²⁰¹ Ejemplo claro de este sistema mixto es el modelo introducido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en 1882, copiada en muchas legislaciones de Latinoamérica, como el Código de Procedimiento Penal chileno de 1907.

²⁰² Bujosa, L. (2016), p. 16.

²⁰³ Ferrajoli, L. (1995).

reglas formales, sino que a la recolección de pruebas para dar base a la acusación del fiscal se hace de manera informal sin intervención del imputado quien tendrá acceso a ellas una vez que se haya formulado la acusación.

Por su parte, en la tradición europeo-continental rige el principio de legalidad procesal, por lo que el fiscal no posee las facultades discrecionales para iniciar o no una investigación. Tampoco posee las facultades de negociación con el imputado a través de contraprestaciones.

La investigación preparatoria se encuentra sostenida por ritos procesales cuya inobservancia acarrea la nulidad del acto viciado y de lo actuado en su consecuencia. El imputado puede intervenir en dicha investigación, aunque de manera muy limitada, pero sí se le reconoce el derecho a informarse salvo casos excepcionales en donde se decreta el secreto de las actuaciones.

En cuanto a la garantía de la protección contra la no incriminación, es dable manifestar que el proceso inquisitivo ha tenido como base en sus orígenes el no respeto a dicha garantía en donde era admitida la tortura con el fin de obtener una confesión por parte del imputado. En el modelo inquisitivo reformado tiene plena vigencia la garantía contra la no incriminación aunque surgen ciertas zonas oscuras en casos en donde el imputado es utilizado como medio de prueba, por ejemplo, en las ruedas de reconocimiento, extracción de sangre o fluidos corporales, ADN, cabellos y exámenes psicológicos, entre otros, por cuanto dichas medidas son autorizadas en afán de

perseguir la búsqueda de la verdad absoluta de los hechos. En dichas situaciones no termina siendo uniforme el alcance de la garantía contra la no incriminación.

Por su parte, en relación a la declaración del imputado este, si bien puede optar por no declarar y que dicha decisión no sea tomada en su contra, si decide hacerlo no está obligado a decir la verdad.

En el modelo del common law del proceso de Estados Unidos esta garantía encontró su primera máxima postulación en el fallo *Miranda v. Arizona* (1966), en donde se precisaron los derechos del imputado al momento de su declaración en sede policial y las garantías que lo asisten²⁰⁴.

En este mismo sistema del common law, el imputado tiene derecho a ser asistido por un defensor respecto de la asunción de

²⁰⁴ La Corte Suprema de EEUU sostuvo que "no puede haber duda de que el privilegio de la Quinta Enmienda está disponible fuera de los procedimientos judiciales penales y sirve para proteger a las personas en todos los entornos en los que su libertad de acción se ve restringida de manera significativa de ser obligadas a incriminarse a sí mismas". Como tal, "la acusación no puede utilizar declaraciones, ya sean exculpatorias o inculpatorias, derivadas del interrogatorio bajo custodia del acusado a menos que demuestre el uso de garantías procesales efectivas para asegurar el privilegio contra la autoincriminación. Por interrogatorio bajo custodia, nos referimos al interrogatorio iniciado por agentes del orden después de que una persona ha sido detenida o privada de su libertad de acción de alguna manera significativa ". La Corte sostuvo además que "sin las debidas salvaguardias, el proceso de interrogatorio bajo custodia de personas sospechosas o acusadas de un delito contiene presiones intrínsecamente imperiosas que actúan para socavar la voluntad del individuo de resistir y obligarlo a hablar donde, de otro modo, lo haría libremente. " Por lo tanto, un acusado "debe ser advertido antes de cualquier interrogatorio que tiene derecho a permanecer en silencio, que todo lo que diga puede ser usado en su contra en un tribunal de justicia, que tiene derecho a la presencia de un abogado y que si no puede pagar un abogado, se le asignará uno antes de cualquier interrogatorio si así lo desea". Recuperado de <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>

culpabilidad (*Boykin v. Alabama*, 1969). En la etapa de investigación preliminar, no interviene en la recolección de pruebas por parte del fiscal quien sí deberá informarle de las evidencias de cargo y de descargo que posea. Precedente que junto al de *Miranda* han sido adoptado por todos los sistemas adversariales, incluido el chileno y argentino.

Ahora bien, el nuevo Código Procesal Penal Federal responde precisamente a esa herencia del adversarial, donde el ente persecutor posee un rol relevante. El Fiscal es la figura central, y las cuestiones vinculadas a la manera de cómo toma las decisiones "constituyen un problema complejo que tiene importantes implicancias en el funcionamiento del sistema"²⁰⁵, entre otras la de su responsabilidad por su actuación, como se verá más adelante y que constituye la hipótesis principal de la presente investigación.

El Código Procesal Penal Federal determina la adopción del Sistema Acusatorio en la justicia federal. Se encuentra estructurado en dos grandes partes, la parte general y la de procedimientos.

La parte general cuenta con cinco libros siendo que cada uno de ellos abarca diversos tópicos, tales como los principios fundamentales,

²⁰⁵ Maier, J. (2004), p. 309.

la justicia penal y los sujetos procesales, la actividad procesal, los medios de prueba y las medidas de coerción y cautelares.

La segunda parte referida a los procedimientos cuenta también con cinco libros, el primero de ellos desarrolla las reglas del procedimiento ordinario, el segundo los procedimientos especiales, el tercero el control de las decisiones judiciales, el cuarto la ejecución de las penas y el libro quinto los actos de las fuerzas armadas.

Entre el art. 1 y el 24, el nuevo código adjetivo enuncia una serie de principios sobre los cuales regirá el ordenamiento procesal.

Entre estos principios se expresan garantías procesales tales como el juicio previo, el principio de inocencia, el derecho a no autoincriminarse, la persecución única, el derecho de defensa, al juez natural, la imparcialidad y la independencia, in dubio pro imputado, la protección de la intimidad y la privacidad y otros.

Asimismo, se incorporan otros principios rectores del proceso penal.

Se destacan los principios del proceso acusatorio enunciados en el art. 2. Los que deberán observarse durante todo el proceso. Estos principios son: igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias serán públicas con las excepciones estrictamente previstas en el código.

Por su parte, el art. 9 incorpora como principio procesal la separación de funciones, mediante el cual queda expresamente prohibido que los representantes del Ministerio Público Fiscal realicen

actos jurisdiccionales y que los jueces realicen actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. Violar dicho principio se considerará falta grave de mal desempeño.

También se incorpora como principio los derechos de la víctima en el proceso penal, reconociéndole la tutela judicial efectiva (art. 12).

Las condiciones carcelarias también son adoptadas como principios rectores del proceso, siendo que el art. 15 prohíbe expresamente alojar a personas privadas de libertad en lugares no habilitados, o en sitios que no reúnan las mínimas condiciones de salubridad. Asimismo, dispone que toda medida que conduzca a empeorar injustificadamente las condiciones de detención a presos o detenidos hará responsable a quien la ordene, autorice, aplique o consienta.

Otra interesante novedad es la incorporación del principio de la justicia en un plazo razonable enunciado en el art. 18, por el cual se establece que toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en el Código. La garantía del plazo razonable fue largamente enunciada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que la razonabilidad de la duración del proceso debe medirse según los criterios de la complejidad del caso, la conducta del imputado y la diligencia de las autoridades, entendiéndose que constituye una pauta generica, un concepto

jurídico indeterminado para evaluar²⁰⁶. También la Corte indicó que el análisis de la razonabilidad del plazo del art. 8.1 (relativa al proceso), es más flexible que la del art. 7.5 (relativa a la prisión preventiva), pues esta afecta la libertad individual²⁰⁷.

Por otra parte, se impone la obligación a los jueces de motivar sus decisiones. El art. 20 enuncia el principio procesal de la motivación mediante el cual se dispone que las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen. La fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales. Si se trata de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales, cada uno de sus miembros debe fundar individualmente su voto, salvo que adhiera a los motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro no permite omitir la deliberación.

Finalmente, el art. 24 incorpora el principio de la diversidad cultural por el cual se ordena que cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia. Constituye un reconocimiento a la denominada justicia comunitaria, aunque, como sostiene Alvarez su enunciación resulta quizás demasiado genérica lo que podría provocar

²⁰⁶ Pastor, D. (2004), p. 74.

²⁰⁷ Precedentes Firmenich, Giménez, Genie Lacayo, entre otros.

ciertas complicaciones en casos como delitos sexuales, reducción a la servidumbre y castigos corporales²⁰⁸.

En materia de disponibilidad de la acción penal, le entrega la exclusividad al Ministerio Público Fiscal.

Así, el art. 30 establece que el representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos:

- a. Criterios de oportunidad
- b. Conversión de la acción
- c. Conciliación
- d. Suspensión del proceso a prueba.

Esta facultad encuentra una importante limitación pues el representante del Ministerio Público Fiscal no podrá disponer de la acción penal cuando el imputado sea un funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de

²⁰⁸ Álvarez, J. (2014).

instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

Los criterios de oportunidad, tal como ya lo hemos anunciado, son la contracara del principio de legalidad procesal mediante el cual se obligaba al Ministerio Público Fiscal a instar la acción frente a todos los hechos denunciados como delitos. Los criterios de oportunidad enunciados en el nuevo ordenamiento procesal deben versar en los siguientes ejes, conforme lo dispone el artículo 31 del Código Procesal Penal Federal:

a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público²⁰⁹;

b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;

c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;

d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro

²⁰⁹ Incluso la poca jurisprudencia que se ha generado en su breve aplicación ya sostiene que se trata de una potestad discrecional en casos de insignificancia. "Sentencia N.N. s/ Daños, Causa CFP 8499/2019 - Juzgado Criminal y Correccional Federal Nº 10 -12/02/2020".

proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

La conversión de la acción penal pública en privada se prevé a pedido de la víctima cuando el fiscal aplicare un criterio de oportunidad, solicitara el sobreseimiento al final de la investigación preparatoria o si se tratara de un delito que requiera instancia de parte. Se requiere, en todo caso, el consentimiento de la víctima (querellantes o no).

Por su parte, se incorpora la posibilidad de la conciliación mediante la cual la víctima y el imputado pueden efectuar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o en los delitos culposos siempre que no existan lesiones gravísimas o resultado muerte. El procedimiento requiere que dicho acuerdo se presente a ser homologado por el juez, el que puede convocar una audiencia con todas las partes. Una vez acreditado el cumplimiento del acuerdo, se extingue la acción penal; si el acuerdo se incumple, la víctima o el fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación. En esta materia relevante señalar que la Fiscalía puede oponerse hasta en un asunto con contenido patrimonial y sin grave violencia, siempre que lo haga fundadamente por cuestiones de política criminal.

Finalmente, también se introducen importantes reformas al instituto de la suspensión del juicio a prueba. En el nuevo

ordenamiento procesal, el art. 35 establece los nuevos requisitos para su concesión.

Por otra parte, dicho artículo regula novedosamente la situación de los extranjeros. En efecto, podrá aplicarse la suspensión del juicio a prueba en caso de tratarse de una persona extranjera que fuera aprehendida en flagrancia de un delito pero la aplicación de este instituto procesal implicará la expulsión del territorio nacional siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. La expulsión, a su vez, traerá aparejada la prohibición de reingreso al país cuyo plazo se determinará entre los límites de cinco a quince años. La expulsión del país solo se podrá aplicar a extranjeros en situación migratoria irregular en el país pues, de lo contrario, se vulnerarían derechos constitucionales concedidos a todos los ciudadanos. Parece criticable que a través de una norma de contenido procesal el legislador aplique políticas migratorias, ya que no puede admitirse esta pena accesoria, afectando el principio de inocencia, por cuanto ni siquiera ha habido un pronunciamiento definitivo sobre la cuestión a resolver, a pesar de la supuesta naturaleza convencional que se le quiere dar a dicha normativa.

Por otra parte, la otra gran reforma que contempla el artículo en análisis, es la incorporación de la víctima de su derecho de ser informada sobre el cumplimiento de las reglas de conducta.

En materia de sujetos procesales o intervinientes se destaca la incorporación de la víctima con derechos especiales y la posibilidad de

participar en todas las etapas del proceso, incluso, en la etapa de la ejecución de la pena, sin ser querellante.

Es víctima (art.79 CPPF) la persona ofendida directamente por el delito y, a falta de este, su cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado o sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos;

La víctima cuenta con una serie de derechos reconocidos en el artículo 80.

Por su parte, al sujeto principal del proceso penal, el imputado, se le establece un estatuto de derechos regulado en los artículos 64 y siguientes.

Ahora bien, el nuevo procedimiento se erige en tres etapas diferenciadas: investigación; control de la acusación y juicio oral.

Las principales audiencias previstas en el nuevo procedimiento son, entre otras:

Etapa preparatoria: la audiencia de suspensión de juicio a prueba, la de cumplimiento de condiciones de la suspensión de juicio a prueba, la de excepciones, la de recusación, la de comparecencia del rebelde, la de saneamiento o declaración de nulidad, la de medidas de prueba, la de mantenimiento de secuestro, la de control de medidas cautelares, la de oposición, la de fijación de caución, la de control de la de detención, la de aprehensión sin orden judicial, la de aplicación de medida de coerción, la de revocación o sustitución de medida de

coerción, la de prueba anticipada, la de formalización de la investigación, la de reducción del plazo de la etapa preparatoria, la de prórroga de la etapa preparatoria y, la audiencia de sobreseimiento, entre más relevantes.

Por su parte en la etapa intermedia o de control de la acusación, se verifica la audiencia de control de la acusación (art. 279).

Finalmente, se contempla la audiencia de juicio oral (la que comprende también la de acción privada y la del procedimiento abreviado).

La etapa de investigación se caracteriza por la desformalización. Ello significa la eliminación del expediente material que es reemplazado por el legajo o carpeta de investigación (art. 230 del Código Procesal Penal Federal), el que no esta sujeto formalidad alguna. En el se contiene la enumeración de los documentos y elementos de convicción recogidos durante esta fase de instrucción, y un resumen sumario de todas las diligencias practicadas, de los datos obtenidos con indicación de la fecha y hora de su realización y de la identidad de los sujetos intervinientes y de los entrevistados. Lo esencial es que en ningún caso podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional con el objeto de evitar contaminaciones al momento de la toma de decisiones.

La defensa podrá acceder a toda la información recabada en la investigación.

Esta investigación preparatoria, conforme lo dispone el artículo 255 del código quedará formalizada en audiencia con el imputado y

en presencia del juez en donde se le atribuye el hecho, la calificación legal y el grado de participación.

Ahora bien, antes de la formalización de la investigación preparatoria, la defensa como también la querellante podrán pedir al fiscal información sobre los hechos que fueren objeto de investigación, las diligencias practicadas y las pendientes. El fiscal podrá oponerse a dicha vista, en cuyo caso el juez resolverá en audiencia previo a escuchar a los intervinientes.

Asimismo, las partes podrán solicitar al representante del Ministerio Público Fiscal diligencias en cualquier momento de la investigación preparatoria cuando el resultado de las mismas podría verse afectado de postergarse su realización.

La investigación preparatoria finaliza con la solicitud de sobreseimiento o la acusación al imputado.

El sobreseimiento puede fundarse en los mismos criterios del código anterior, con la incorporación de los criterios de oportunidad.

El pedido de sobreseimiento debe ser fundado y notificado a la víctima quien podrá objetarlo solicitando la revisión ante el superior fiscal o constituirse como querellante y como tal sostener la acusación en cuyo caso continuará el ejercicio de la acción penal. Esta última circunstancia pone fin a una larga discusión luego del precedente *Santillán* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 1998,

mediante el cual se le reconocieron facultades autónomas de acusación de la querella.

La acusación deberá formularse por escrito pudiéndose incorporar acusaciones alternativas.

La acusación se controlará en audiencia con intervención del juez, las partes y la víctima en la cual el imputado podrá objetar la acusación, oponer excepciones, instar el sobreseimiento, proponer un medio alternativo de resolución de conflictos, entre otras opciones (artículos 274 y siguientes del Código Procesal Penal Federal).

Efectuada la audiencia de control de la acusación, el juez efectuará el auto de apertura a juicio y enviará este escrito a la oficina judicial la cual procederá inmediatamente a sortear los jueces y fijar el día y hora del debate con plazos acotados.

El nuevo ordenamiento modifica sustancialmente el modo de realización de la audiencia de debate o de juicio. En primer término la acusación ya no se formaliza con la lectura por parte del secretario del juzgado de los requerimientos de elevación a juicio, sino que las partes deben efectuar un alegato de apertura el cual debe contener la acusación, los hechos, las pruebas que se producirán para probar la acusación y la calificación legal pretendida.

Efectuados los alegatos de apertura, se dará inicio a la producción de las pruebas ofrecidas. Se establecen nuevas técnicas de litigación en materia de interrogatorio de testigos, peritos y del propio acusado (las preguntas en el examen directo no deben ser

sugestivas o indicativas, a menos que se autoricen para el llamado testigo hostil).

Los jueces no podrán formular ningún tipo de preguntas permaneciendo en su rol de juzgador que observa la contienda para luego efectuar su sentencia²¹⁰.

Finalmente, procederá la clausura mediante la cual, luego de que se declare la culpabilidad del imputado, se procederá a determinar la pena en una audiencia especial en la cual se abrirá a debate sobre la pena y la modalidad de cumplimiento.

En definitiva, a modo de colorario el nuevo Código Procesal Penal de la Nación incorpora cuatro principios:

a) Celeridad: Los casos deben resolverse más rápido. Distintos relevamientos muestran que la lentitud con la que se tramitan las causas es el principal motivo por el que la ciudadanía se queja²¹¹.

b) Oralidad: Más audiencias orales contra menos papeles. En relación al objetivo de celeridad, la oralidad permite prescindir del

²¹⁰ Sólo podrán pedir aclaraciones cuando no hayan comprendido lo expresado por el declarante. Artículo 297.

²¹¹ El principio de celeridad debe considerarse como una justicia expedita que no debe contener dilaciones indebidas, ya que es un derecho fundamental, trayendo como consecuencia la obligación de actuar en un plazo determinado razonable, que no haya que sacrificar a la justicia por no haber cumplido estos plazos, afectando así a las partes que acuden al sistema de justicia.

expediente tradicional, por lo que se aceleran los tiempos. Además, enfrenta cara a cara a las partes con el juez²¹².

c) Publicidad: La sociedad debe poder acceder a las audiencias y publicaciones.

d) Desformalización: Menos exigencias administrativas y procesales para que se agilicen los trámites, evitando temas burocráticos innecesarios.

El nuevo Código Procesal Penal Federal tendrá competencia para los delitos federales, que son aquellos considerados complejos y graves, al comprometer, de una u otra manera, la seguridad y la soberanía del país. El narcotráfico, los delitos contra la administración pública federal, el secuestro extorsivo, el terrorismo, la trata de personas, el contrabando y los delitos de lesa humanidad son algunos ejemplos de delitos federales.

La última modificación del Código Procesal Penal de la Nación corresponde aquella incorporada por la Ley 27.063, donde en lo medular y atingente a este análisis, se sustituye la denominación del Código por Código Procesal Penal Federal, además de crear la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, con el fin de evaluar, controlar y proponer durante el período que demande la implementación prevista en el artículo 3 los respectivos proyectos de ley de adecuación de la

²¹² Roxin sostiene que el principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, en: Roxin, C. (2000), p. 115.

legislación vigente a los términos del Código²¹³ y aprobar el inicio de un programa de capacitación y fortalecimiento básico de las fiscalías de primera instancia nacionales y federales, fiscalías generales y defensorías generales con el fin de capacitar y dotar al Ministerio Público de los recursos humanos mínimos indispensables para afrontar la futura tarea de implementación del Código Procesal Penal Federal²¹⁴.

8.- Ministerio Público Fiscal de la Nación.

En Argentina, hasta 1994, el Ministerio Público era una institución sin rango constitucional, en el orden nacional, a diferencia de su situación en las constituciones provinciales, en las que ya desde antaño tenía definida su ubicación como órgano del Poder Judicial, con

²¹³Artículo 7: "Créase en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, con el fin de evaluar, controlar y proponer durante el período que demande la implementación prevista en el artículo 3º, los respectivos proyectos de ley de adecuación de la legislación vigente a los términos del Código aprobado por el artículo 1º de la presente ley, así como toda otra modificación y adecuación legislativa necesaria para la mejor implementación del Código Procesal Penal Federal".

²¹⁴ Artículo 8: "Apruébase el inicio de un programa de capacitación y fortalecimiento básico de las fiscalías de primera instancia nacionales y federales, fiscalías generales y defensorías generales, que se agrega como Anexo II y que es parte integrante de la presente ley, con el fin de capacitar y dotar al Ministerio Público de los recursos humanos mínimos indispensables para afrontar la futura tarea de implementación del Código Procesal Penal Federal".

excepción de la provincia de Salta, que en su constitución de 1986 lo concibió como un órgano extra-poder.

En los textos antiguos el Ministerio Público había estado previsto como parte integrante del Poder Judicial, por ejemplo en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812, Reglamento Provisorio de 1817, Constituciones de 1819 y 1816, y aun en la Constitución Nacional de 1853, hasta la reforma de 1860 que no lo mencionó.

La Constitución Nacional sancionada en 1853 dispuso, al organizar el Poder Judicial Federal que este sería ejercido por una Corte Suprema compuesta por nueve miembros y dos fiscales y por tribunales establecidos por el Congreso. La reforma de 1860, a su turno, eliminó, el número de miembros que debía tener la Corte Suprema.

Aquellos "dos procuradores fiscales" del art. 91 de la Constitución Argentina de 1853, desaparecieron a raíz de la modificación introducida por la Convención Nacional de Santa Fe de 1860. A partir de ahí, la regulación de lo referente al Ministerio Público se concretizó

en leyes (entre ellas 27, 1893, 3367, 4162, 4055, 17.516, 18.345, 19.539, 20.521), y también en el decreto-ley 1285/58.

La Constitución tenía un vacío normativo muy importante, que era justamente la falta de regulación constitucional del Ministerio Público.

Dicho vacío se cubrió mediante la incorporación del art. 120 a la Constitución Nacional a través de la reforma de 1994.

El Ministerio Público Fiscal se compone por el Poder Judicial (integrado por jueces, funcionarios y empleados) y los Ministerios Públicos: Fiscal y de la Defensa. En su conjunto, conforman las tres partes fundamentales en un proceso judicial.

Es un órgano independiente del sistema de administración de justicia; se encuentra a cargo del procurador general. Es independiente incluso del Poder Judicial (encabezado por la Corte Suprema de Justicia), dicha independencia tiene sus orígenes en la Reforma Constitucional del año 1994, que estableció la autonomía del Ministerio Público. Dicha reforma reafirmó la opción de la Constitución

Nacional de 1853 de dejar de lado el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, recibido de España²¹⁵.

8.1.- Funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

El rol que les corresponde a los fiscales que lo conforman tiene fines y objetivos claros, siendo el principal defender los intereses

²¹⁵ Como señala Roca de Estrada, "Con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 existían cuatro maneras de entender la posición institucional que correspondiera al ministerio público dentro de la organización de los Poderes del Estado.

La Primera y más tradicional, ubicaba al Ministerio Público dentro del Poder Ejecutivo que se corresponde con la posición de los clásicos procesalistas argentinos (Castro, Jofre, Alsina Y Oderigo).

Para otros se emplea el criterio de pertenencia al Poder Legislativo. La posición más difundida lo incluía dentro del Poder Judicial (Palacio, Clara Olmedo Rubianes, De La Riestra).

La Ley Nº 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma, en el Art. 3º Punto G. Estableció que debía considerarse al Ministerio Público como órgano extrapoder.

Sagues en 'Reforma Constitucional: el Poder Judicial (La Ley, 1987 -E, 848) decía: el Ministerio Público no es un ente servicial del Poder Ejecutivo sino que le toca ejercer discrecionalmente la acción penal, velar por el principio de legalidad - en particular, de la legalidad constitucional - y velar por una recta administración de justicia. Si se admiten esos roles para el Ministerio Público, hay primero que jerarquizarlo, ubicándolo donde tiene que estar: una magistratura autónoma, órgano extrapoder, no sometida al Poder Ejecutivo ni tampoco al Judicial, puesto que debe actuar con independencia de ambos.

El despacho de la Comisión de Sistemas de Control del 13 de Julio de 1994 suscrito por los convencionales Jorge E. De la Rúa y Mariano Cavagna Martínez señala: El presente despacho tiene por fin otorgarle rango constitucional al Ministerio Público, dentro del marco de lo establecido por la Ley 24.309 (EDLA, 1994, Bol.5-13) en su art. 3º, Punto G.

Más adelante señala que "La definición del Ministerio Público como órgano extra - poder resuelve, en el orden nacional, todas las cuestiones de pertenencia orgánica (estructura dentro de la cuál está emplazada la persona y de la que forma parte, definiendo la proveniencia de los medios humanos y recursos materiales para la función), la relación administrativa (estatuto jurídico que norma las relaciones de trabajo con el sector que presta servicios, configurando derechos y deberes) y la dependencia funcional (relaciones de jerarquía entre superiores y subordinados) en la situación actual, la pertenencia orgánica y la dependencia funcional del Ministerio

Público lo es en relación al Poder ejecutivo, en tanto la relación administrativa lo es con el Poder Judicial”.

“El despacho excluye a todas esas relaciones de sometimiento a los Poderes del Estado. Por ello es un órgano -no un poder-, cuya pertenencia se agota en el mismo órgano, con su propia regulación constitucional y legal, con su propio estatuto administrativo y con sus propias relaciones de dependencia funcional”.

En su párrafo final precisa: ‘en orden a la ubicación sistemática, una razonable técnica legislativa aconseja ubicar los órganos extra-poder, como el aquí fundamentado, en un capítulo aparte de los que regulan los poderes Ejecutivo, legislativo y Judicial”.

En la referida Comisión hubo tres dictámenes en minoría, suscritos por J. I. Núñez, Navarro y Siqueiras, por Guillermo A. Pose y A. D. Bussi y por Germán Kammerath, cuyo común denominador fue un Ministerio Público perteneciente al Poder Judicial. La versión simplificada de ese dictamen consensuado por los bloques radicales y peronistas fue considerado por la Comisión Redactora en su 25º reunión.

El convencional Maqueda expresó: “nosotros aquí, claramente, al Ministerio Público lo sacamos de la esfera del Poder Ejecutivo, claramente lo sacamos de la esfera del Poder Judicial, lo definimos como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, definimos claramente cuales son las funciones que tiene que cumplir”.

El convencional Quiroga Lavié señaló la conveniencia de aclarar las normas con la expresión “un órgano independiente extrapoder”, pero que ‘si no se acepta, debe quedar como cláusula interpretativa que es extrapoder porque lo manda el Congreso de la Nación”.

El convencional constituyente Masnatta consideró un desacierto el uso de la palabra “extra-poder”, que atribuyó a Sagües, “pero la ley nos ha dicho que es un órgano extrapoder, es decir, que no tiene que estar ni en uno ni en otro poder. Esto es lo que estamos haciendo: cumpliendo con esta cuestión. Pero no pongamos esta palabreja de extrapoder (...) esta fórmula que es la adecuada y que nos va a llevar al cumplimiento de la norma 24.309, de crear un organismo fuera de los dos poderes, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial”.

En la Sesión Plenaria del 19 de Agosto de 1994 - 34ª reunión de la 3ª Sesión Ordinaria - que trata el Orden del día 15, del dictamen Nº 17 de la Comisión de Sistemas de Control, informó por la mayoría el Convencional Masnatta, señaló: “Admitidos esos roles para el Ministerio Público, hay que jerarquizarlo, ubicándolo donde debe estar, como una magistratura autónoma y como un órgano extra-poder. Tal vez, no es una terminología apta para ser incluida expresi verbis en el lenguaje de la Constitución, pero su significación semántica es fácilmente alcanzable. Se quiere expresar que no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo pero tampoco al Poder Judicial, ya que tiene que actuar con independencia de los dos. Esta es la posición del profesor Néstor Sagües, ¿Por qué? Porque solo está asegurada la defensa del justiciable, si el órgano acusador está desvinculado de los Poderes Ejecutivo y Judicial (...)”.

Jorge de la Rúa ratificó: “Este principio implica otorgar jerarquía constitucional a un sistema que se coloca como órgano extra-poder”.

generales de la sociedad, estando ello determinado en la Constitución, artículo 120²¹⁶. Además, el interés general incluye la necesidad de asistir a toda la comunidad en la defensa de sus derechos.

En relación con la parte penal, el Procurador a cargo del Ministerio tiene la facultad de definir cómo se persiguen determinados delitos que pueden tener una relevancia mayor en la defensa de los intereses generales de la sociedad, en particular aquellos que atentan contra la vida, contra la humanidad, los vinculados al narcotráfico, a la violencia institucional o al lavado de dinero, por mencionar algunos. Por eso es que en la estructura del Ministerio Público Fiscal se conformaron unidades especializadas, con la finalidad de mejorar el desempeño.

A su vez, los fiscales son quienes llevan adelante la investigación de los delitos. Esa dinámica, en la cual el fiscal es quien investiga y el

Humberto Quiroga Lavié en su trabajo: "Nuevos Organos de Control en la Constitución" en la obra en colaboración "La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de redacción" (Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, pág. 289) ratificó su posición de considerar al Ministerio Público como un órgano extra-poder.

Néstor Sagúes (Constitución de la Nación Argentina, Texto según la reforma de 1994, 3ª edición ampliada. Editorial Astrea, Bs.As., 1994, pág. 27) dice "En primer lugar surgen órganos extra-poder, como el Ministerio Público, independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, según expresa el nuevo art. 120, cuyas funciones son las de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad". Todo lo anterior en Roca de Estrada, P. (2001).

²¹⁶ "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

juez quien decide, es propia de un sistema acusatorio, donde es el fiscal quien debe realizar la acusación durante todo el proceso, al igual que el sistema chileno; ello garantiza un juez imparcial a la hora de tomar decisiones, donde deberá valorar aquello que le presente. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico argentino, ese sistema se ve limitado, dado que a los fiscales les corresponde la iniciativa en la investigación en determinados casos; por ejemplo, cuando no hay un autor del delito identificado o cuando el juez le delega la causa para que la investigue.

Como representante de los intereses de la sociedad, a quienes les compete la tarea de trabajar en nombre del Ministerio Público Fiscal también les corresponde emitir dictámenes en algunas causas. Los dictámenes son una parte esencial del proceso que elabora el fiscal para que el juez decida la cuestión que están tratando. En este sentido, un dictamen es aquel documento donde el fiscal representa el interés general de perseguir delitos, en materia penal, o de tutelar los intereses generales sobre el punto del conflicto que se esté discutiendo²¹⁷.

El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo las causas federales en todo el país y, además, las locales de la Capital Federal. Es por eso

²¹⁷Ministerio Público Fiscal. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/que-es-el-mpf/>

que los fiscales federales sólo se ocupan de las causas que versan sobre cuestiones tratadas en la Constitución y en leyes federales.

En suma, el Ministerio Público Fiscal interviene siempre que el ordenamiento jurídico estime que es necesario que una parte del Estado actúe en favor de los intereses de la sociedad.

En el orden legal, el Código Procesal Penal Federal regula las funciones de este órgano en su artículo 90, precisando "El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes.

Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación. Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones. Todas las dependencias públicas estatales están obligadas a proporcionar colaboración pronta, eficaz y completa a los requerimientos que formule el representante del Ministerio Público Fiscal en cumplimiento de sus funciones, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades previstas en la ley.

La distribución de las funciones de los miembros del Ministerio Público Fiscal se realizará de conformidad a las normas que regulan su ejercicio, procurando la especialización de la investigación y persecución penal mediante fiscalías temáticas.

Para el más adecuado cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Público Fiscal de la Nación promoverá una amplia coordinación y actuación conjunta con los Ministerios Públicos Fiscales

de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la celebración de los respectivos convenios”.

Por su parte, el artículo 91 del mismo cuerpo legal determina los principios de actuación del Ministerio Público Fiscal, indicando “El representante del Ministerio Público Fiscal, en su actuación, debe regirse por los principios de objetividad y lealtad procesal.

Conforme al principio de objetividad, el representante del Ministerio Público Fiscal deberá investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara en favor del imputado.

Conforme al principio de lealtad procesal, el representante del Ministerio Público Fiscal estará obligado a exhibir, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo”.

8.2.- Organización del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

En lo que respecta al Ministerio Público, como consecuencia de la reforma constitucional del año 1994 le fue conferido un rol protagónico dentro de los operadores del sistema de justicia, otorgándole su verdadera independencia, autonomía funcional y autarquía financiera, como se indicó, conforme el artículo 120 de la

Constitución Nacional, constituyéndose en lo que ha pasado a ser considerado por gran parte de la doctrina como un "cuarto poder", y por otros, como un órgano "extrapoder" portador de un claro mandato de instar la acción penal pública y representar los intereses generales de la sociedad.

Es importante consignar que, previo a la reforma constitucional del año 1994, el Ministerio Público se caracterizaba por su dispersión funcional plasmada en distintas normas²¹⁸, y por el desacuerdo que suscitaba su ubicación institucional en torno a quienes lo ubicaban dentro del Poder Ejecutivo y los que lo consideraban un apéndice del Poder Judicial²¹⁹.

En la actualidad, como se dijo, constituye un órgano bicéfalo, integrado por el Ministerio Público Fiscal, que nuclea y coordina la acción de los fiscales, y por el Ministerio Público de la Defensa, que cumple idéntica función con los defensores públicos oficiales.

Como consecuencia de este particular diseño institucional, el sistema judicial nacional argentino, regido por el Código Procesal Penal Nacional, coexiste con otros veintitrés sistemas judiciales y

²¹⁸ Leyes N°s 1.893; 4.055; 15.464; 17.516; 18.345; 19.539 y 23.183, entre otras.

²¹⁹ La mayoría de la doctrina argentina, entre ellos, por ejemplo Bidart Campos, Quiroga Lavié, Ekmekdjian, Natale, Herrero, Masnatta, y Monti sostienen que el Ministerio Público es un órgano extrapoder, es decir independiente de cualquier poder del Estado. Ello, con fundamento en que la Constitución Nacional le ha conferido una sección específica y en el mismo rango que a los tres poderes del Estado, lo cual lo transformaría en un caso único en la Constitución Nacional. Bidart, G. (1995), p. 487; Quiroga, H. (1994b), p. 289; Quiroga, H. (2012), p. 692; Quiroga, H. (1994a), p. 65; Quiroga, H. (1994b), pp. 267 y ss.; Sagües, N. (1995), p. 28; Masnatta, H. (1994); Natale, A. (1995), p. 153; Herrero, L. (2019), p. 156; Ekmekdjian, M. (1999), pp. 631 y ss.

ordenamientos procesales provinciales con sus respectivos órganos requirentes. En algunas provincias, estos últimos poseen carácter de órgano independiente o "extrapoder", similar al nivel nacional, y en otros integran el Poder Judicial.

La excepción de este esquema está constituida por la ciudad de Buenos Aires, donde el tratamiento de los delitos comunes también corresponde al gobierno federal, y cuya organización y ordenamiento procesal están regidos por las normas de carácter federal.

En Argentina, siguiendo a Guthmann²²⁰, la figura del fiscal aparece en la Constitución Nacional del año 1853. Sin embargo, el Ministerio Público Fiscal como institución autónoma que reúne y coordina a los fiscales y tiene en su cúpula a un procurador o una procuradora que forma parte del área ejecutiva del Ministerio Público Fiscal, la Procuración General de la Nación, se crea más tarde, en 1994, junto al Consejo de la Magistratura, en la reforma constitucional. El Ministerio Público Fiscal es, según la Constitución Nacional, un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

A nivel de la estructura del organismo, y cuando se analiza el organigrama del Ministerio Público Fiscal se puede encontrar replicada la estructura orgánica del Poder Judicial: Una fiscalía de instrucción

²²⁰ Guthmann, Y. (2019), pp. 59-80.

por cada juzgado, una fiscalía oral por cada tribunal oral, y así sucesivamente. Otro aspecto de este mismo punto es el relativo a la división del trabajo, según instancias o etapas de proceso, que también responde a la lógica de organización y división del trabajo del Poder Judicial. Sin embargo, existe una diferencia importante entre ambas estructuras: la unidad e indivisibilidad de la Procuraduría General de la Nación y las fiscalías, a diferencia de la Corte Suprema que sería la última instancia del Poder Judicial pero que no forma parte de un mismo organismo con los tribunales.

8.3.- Conducta del Ministerio Público Fiscal de la Nación para que se genere responsabilidad del Estado.

Atendido a que la Ley de Responsabilidad del Estado en su artículo 5 excluye expresamente su aplicación a los actos derivados de la actividad judicial, refiriendo en su inciso final "Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización", conviene entonces resolver qué tipo de responsabilidad es aquella atinente al Ministerio Público Fiscal en este caso.

En efecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación estatuye en su artículo 9, letra j), solo lo concerniente a la responsabilidad de los integrantes de este órgano,

responsabilizándolos de manera administrativa y penal, conforme corresponda²²¹.

Si de responsabilidades administrativas se trata, otra norma atinente es la del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, que, respecto a la figura del procurador general de la nación, indica que , en su calidad de jefe del Ministerio Público Fiscal de la Nación, es el responsable de su buen funcionamiento²²².

Por su parte, el artículo 18 regula al fiscal coordinador de distrito, refiriendo que este será el responsable directo del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva²²³.

Además, el artículo 34 de la misma norma, al regular a los directores generales, señala que estos serán los responsables directos del cumplimiento de las funciones de la dirección y de la supervisión del trabajo de los funcionarios y empleados a su cargo²²⁴.

También el artículo 51 de la norma citada se refiere a los auxiliares fiscales, indicando que estos "son funcionarios que

²²¹ Artículo 9: "Principios funcionales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios: (...)j) Responsabilidad: los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación estarán sujetos a la responsabilidad administrativa y penal correspondiente".

²²² Artículo 11: "Procurador General de la Nación. Designación. El Procurador General de la Nación es el jefe del Ministerio Público Fiscal de la Nación y es el responsable de su buen funcionamiento. Su autoridad se extiende a todo el territorio nacional".

²²³ Artículo 18, primer inciso: "Fiscal coordinador de distrito. El fiscal coordinador de distrito será el responsable directo del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejerce la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público Fiscal de la Nación".

²²⁴ Artículo 34, primer inciso: "Directores generales. Nombramiento y función. Los directores generales serán nombrados por el Procurador General de la Nación y

colaborarán con los magistrados del Ministerio Público Fiscal y siempre actuarán bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad de ellos”.

Finalmente, el artículo 53 de la Ley Orgánica regula a los asistentes fiscales, indicando que son “quienes deban asistir y actuarán bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad de los fiscales, de conformidad con la reglamentación respectiva”.

Así las cosas, la Ley Orgánica no establece una norma de imputación en lo que respecta a la responsabilidad eventual del órgano frente al Estado.

Pese a ello, el legislador ha establecido el principio de la Responsabilidad Política como contracara del poder con que la ley inviste a los funcionarios públicos. De esta manera, el procurador general de la nación es pasible del procedimiento establecido por los artículos 53²²⁵ y 59²²⁶ de la Constitución Nacional, y los restantes magistrados que componen el Ministerio Público (artículo 3 de la Ley N° 24.946) solo podrán ser removidos de sus cargos por el Tribunal

serán los responsables directos del cumplimiento de las funciones de la dirección y de la supervisión del trabajo de los funcionarios y empleados a su cargo”.

²²⁵ “Sólo ella (Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes” (el paréntesis aclaratorio es nuestro).

²²⁶ “Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”.

de Enjuiciamiento que prevé referida norma, por las causas establecidas en su artículo 18²²⁷ ²²⁸.

Pérez Hualde²²⁹ refiere que encontramos las raíces de la responsabilidad por el accionar lícito del Estado en la Constitución de 1853 cuando en su artículo 15 ordenaba expresamente la indemnización de quienes se vieran perjudicados por la declaración de libertad de los esclavos.

Indica además, coetáneo a su publicación citada, que en el caso "El Jacarandá", la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene, en un posible *obiter dictum*, que "cabe recordar que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito"(...) "no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión

²²⁷ "El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional.

Los restantes magistrados que componen el Ministerio Público sólo podrán ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en esta ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie".

²²⁸ Roca de Estrada, P. (2001).

²²⁹ Pérez, A. (2013), pp. 11-13.

del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”²³⁰.

Al efecto, el autor nos refiere que los elementos que deben confluír para que se genere responsabilidad por el accionar lícito del Estado, son: 1) Existencia de un daño resarcible (más allá de aspectos de reparación imposible); 2) Una conducta estatal lícita; 3) Comprobación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado; 4) Vinculación de estricta causalidad entre el daño y la conducta estatal, y 5) Ausencia de un deber jurídico de soportar ese daño.

De esta manera, por su parte, refiere el mismo autor, se ha sostenido en la Suprema Corte de Mendoza²³¹ que “la teoría de la responsabilidad civil en su actual concepción doctrinaria tiende a superar el concepto clásico que ponía el acento en el autor del ilícito, en la obligación del responsable de indemnizar el perjuicio ilícitamente causado, para ser considerado como un derecho de la víctima a obtener la reparación integral del daño injustamente sufrido. Del débito de responsabilidad, concebido como obligación del dañador de resarcir a la víctima, se pasa a privilegiar el crédito de indemnización nacido en cabeza de esta con motivo del acaecimiento del daño que injustamente sufre, supuesto de hecho necesario que le otorga legitimación para reclamar su reparación. El cambio más importante

²³⁰ Fallo 328:2654; el Tribunal hace mención del caso “Cachau” (Fallo 316:1335) que versó sobre responsabilidad por el accionar lícito del Estado en diversas causas iniciadas por perjudicados por la acción gubernamental de desviación de aguas de inundación en la provincia de Buenos Aires.

²³¹ Voto en expte. n° 101477, caratulado “Fader Mora, Carlos Enrique c/ provincia de Mendoza/D. y P.” del 11 de abril de 2012.

que se advierte en el tema que nos ocupa es el del emplazamiento del derecho a la reparación como derecho constitucional”²³².

Por su parte, Trigo señala que abogados jueces y abogados profesionales deben responder por los daños originados en su obrar con culpabilidad²³³, aludiendo así expresamente a la responsabilidad del Estado.

Sin embargo, el mismo autor refiere que la responsabilidad del Estado por actividad jurisdiccional es de carácter excepcional, puesto que, como lo señala Cassagne, “En esta parte del derecho de la responsabilidad estatal se enfrentan varios principios antagónicos. De una parte, se encuentran los derechos de los afectados, puntualmente los que han sido privados de su libertad personal. Sin embargo, de cara a estos derechos existen otros principios cuya dimensión de peso resulta proporcionalmente mayor, habida cuenta de que representan el interés de la comunidad en mantener ciertas cargas –como la de soportar el funcionamiento regular de la justicia– con el objeto de que esas cargas o privaciones que todos los ciudadanos deben asumir no resulten gravosas para el propio Estado, cuyos recursos provienen, en definitiva, de la masa de ciudadanos”²³⁴. Agrega este mismo autor que “en toda comunidad jurídicamente organizada todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga

²³² Voto de Aída Kemelmajer de Carlucci en Libro de Sentencias, t. 417, p. 36.

²³³ Morello, A. y Berizonce, R. (1981), p. 37.

²³⁴ Cassagne, J. (2002), p. 484.

de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable. Este deber se concreta, muchas veces, en el sacrificio que tiene que aceptar todo particular –sin indemnización– de soportar los daños que le provoca el sometimiento al proceso, hasta tanto obtenga una sentencia que haga lugar a su pretensión. Ello constituye un principio general del derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general, que es la especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el todo social. Por esta causa, la restitución, de haber daños a los particulares no puede sino constituir un supuesto excepcional, aun cuando el ejercicio de la actividad jurisdiccional cause perjuicios especiales a los particulares, ya sea que estos provengan de la actividad jurisdiccional legítima como de sentencias judiciales que después son anuladas por otro tribunal de instancia superior²³⁵.

Habiendo analizado las generalidades precedentes, pasaremos al estudio de la responsabilidad del Estado en particular, sobre todo en lo que se refiere al Ministerio Público Fiscal.

²³⁵ Cassagne, J. (1991), p. 303.

CAPÍTULO IV:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN.

Entonces, antes de iniciar el análisis de la responsabilidad del Estado en Argentina por eventuales actuaciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación en el nuevo sistema procesal penal federal como persecutor, es preciso que se determine si el actual desarrollo de la responsabilidad del estado por actividad jurisdiccional o a propósito del ejercicio de la misma nos da o no una solución conforme a la hipótesis de la presente investigación. Para ello es necesario analizar la responsabilidad por error judicial y sus diferentes derivadas.

En el caso argentino, la responsabilidad por error judicial ha sido ampliamente debatida. Gallo lo conceptualiza como "la posibilidad de que un magistrado pueda ser demandado civilmente por los actos cometidos en el ejercicio de su función"²³⁶ o, siguiendo a otro autor, como "todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar"²³⁷.

A *prima facie*, resulta de importancia destacar que a nivel federal no se prevé expresamente un procedimiento especial, por lo que habrá

²³⁶ Gallo, F. (2003).

²³⁷ Bustamante, J. (1997), p.500.

que revisar a nivel de legislación provincial²³⁸ y, por supuesto, lo que ha señalado la jurisprudencia al respecto.

Sin embargo, la Ley de Responsabilidad del Estado, en su artículo 5 señala que: "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho de indemnización".

9.- La responsabilidad del Estado por actividad judicial.

En doctrina, se distingue entre la responsabilidad del Estado por los actos judiciales *in procedendo* e *in iudicando*. El primer supuesto

²³⁸ El ejemplo más concreto y relacionado con la temática en análisis lo encontramos en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santiago del Estero.

En el plexo normativo referido, se establece que "(...) los miembros del Superior Tribunal de Justicia, de las Cámaras de Apelación y de Paz, jueces de primera instancia, jueces letrados de instrucción y de paz y jueces de paz letrados que, por malicia, ligereza o negligencia dicten fallos contra el texto expreso de la Constitución y las leyes o en desconocimiento de sus normas o que se nieguen a administrar justicia y con ello causen un daño, podrán ser sometidos a la acción privada de responsabilidad civil". Vemos así que los legitimados pasivos serán los magistrados letrados de la provincia.- En las normas referidas se contemplan tanto acciones dolosas (malicia) -art. 1072 del Código Civil- como culposas ("ligereza o negligencia") -artículo 1109 del Código Civil-; así las cosas, por esta vía procesal, puede pedirse el resarcimiento de daños causados por delitos o cuasidelitos cometidos por las personas más arriba mencionadas en el ejercicio de sus funciones.

Las conductas antijurídicas que la preceptiva legal describe son: 1) el dictar fallos contra el texto expreso de la Constitución y las leyes; 2) el dictar fallos en desconocimiento de sus normas; 3) el negarse a dictar fallos en el tiempo fijado para cada clase de juicio o 4) la negativa a administrar justicia.

En la normativa procesal de la Provincia de Mendoza, si bien, no referido estrictamente al trámite del denominado juicio por responsabilidad civil del magistrado por los daños ocasionados en el ejercicio de su función, se prevé la posibilidad de imponer costas en incidentes de nulidad a quien las ocasionó (art. 36 inciso III CPCC); así, entre los sujetos pasivos de la eventual condena en costas se contempla expresamente a los jueces o funcionarios, empero, en estos casos, se deja bien a salvo que tal condena tendrá lugar "salvo que medie contienda entre las partes, en cuyo caso se pagarán por el litigante vencido".

se basa en el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia durante la sustanciación del proceso. El segundo supuesto se

En el caso de la condena a jueces y funcionarios el importe de las aquéllas no podrá exceder de cuatro meses de sueldo.

El "instituto" analizado se aparta de la clásica concepción de costas a la parte por el hecho objetivo del vencimiento. Se incorpora así la posibilidad de condenar en costas al judicante, quien no es vencido, pues no ejerce ninguna "pretensión"; se lo condena en costas fundamentando tal condena en que éste ocasionó la nulidad. Al respecto la jurisprudencia mendocina ha señalado que "cuando el sujeto pasivo de la condena en costas no es uno de los litigantes, la condena en costas además de su fin genérico de evitar que el vencedor vea disminuído su derecho, tiene el específico de sanción para quien dio lugar a trámites inútiles o nulos.

Consideramos en este caso que el ritual mendocino se excede en su regulación referente al tema "costas" pues, en el caso de originar nulidades por "mal desempeño de su función" por parte del magistrado debiera siempre sujetarse al mismo al respectivo procedimiento especial de remoción o el "juicio de regreso" que más abajo analizaremos.

En el trámite del respectivo proceso de daños, un tema de trascendental importancia lo constituye la cuestión referente al hecho de que un juez sea demandado y en ese caso el magistrado interviniente en el proceso de daños rechaza "in límine" la demanda, presentada por carecer el juez -manifiestamente- de legitimación pasiva. Al respecto, la Provincia de Buenos Aires ha establecido en su Constitución la posibilidad de demandar "civilmente" al funcionario o empleado que -presuntamente- hubiese violado o menoscabado las libertades, los derechos y las garantías establecidas en la Constitución (art. 57 C. Bonaerense).

La norma constitucional provincial referida no menciona al magistrado y con respecto al mismo establece un procedimiento especial de acusación al ser denunciado o acusado por faltas o delitos cometidos en el desempeño de sus funciones y en su caso de destitución por intermedio de un jurado de enjuiciamiento integrado por once miembros -el Presidente de la SCBA, cinco abogados y hasta cinco legisladores abogados- quienes en el caso de legisladores y abogados serán designados por sorteo. Prevé asimismo la Constitución Provincial que el juez acusado quedará suspendido en el ejercicio de su cargo desde el día que el jurado admita la acusación, estableciendo así que los jueces acusados de delitos ajenos a sus funciones serán juzgados en la misma forma que los demás habitantes de la Provincia. (arts. 182 a 188 C. PCIAL).- En la sección 6ta. denominada Poder Judicial, establece el art. 160 de la norma constitucional que el mismo será desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, jueces de las Cámaras de Apelación, jueces y tribunales que la ley establezca. Ello armonizado con lo normado por el art. 15 de la Ley Suprema pcial. en cuanto el mismo asegura la tutela judicial continua y efectiva demuestra cabalmente el rol preponderante que la Constitución le otorga al "Poder" desempeñado por los jueces. Todo ello en Gallo, F. (2003).

fundamenta cuando el fallo judicial es injusto, denominado error judicial.

La responsabilidad del Estado por actos judiciales *in procedendo* tiene relación con el concepto de la falta de servicio, cuando estamos en presencia de una resolución judicial dictada durante la sustanciación del proceso sobre la base de considerar un irregular funcionamiento del servicio de justicia.

9.1.- La responsabilidad *in procedendo*.

Los presupuestos de responsabilidad del Estado por actividad judicial son los mismos que la responsabilidad del Estado por sus actividades ilícitas, esto es, una conducta antijurídica, daño, nexo de causalidad y factor de atribución objetivo y directo²³⁹.

El primer precedente de responsabilidad *in procedendo* es el fallo "Hotelera Río de La Plata", por el cual "se condenó a la provincia de Buenos Aires por los daños causados por una resolución irregular impartida por un magistrado provincial, toda vez que esta resolución implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias, sosteniendo que quien asume la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas, para llenar el fin para el que

²³⁹ Maiorano, J. (1984): "Sostiene que el fundamento de la Responsabilidad del Estado por actividad judicial, en nuestro país está dado por un complejo de principios que constituyen el Estado de Derecho, cuyo fundamento está dado en el afianzamiento de justicia, el derecho a la vida, la garantía del art. 17 que asegura la inviolabilidad de la propiedad, la igualdad ante la ley art. 16 de nuestra CN, las garantías de libertad"; pp. 983 y ss.

ha sido establecido siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento irregular, en la idea objetiva de la falta de servicio”.

En el mismo sentido los precedentes “Etcheverry”²⁴⁰ y “De Gandía”²⁴¹, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación debate la responsabilidad del Estado *in procedendo* por omisión.

Otro debate resulta sobre la responsabilidad del Estado en los casos de resoluciones judiciales sobre prisión preventiva de personas que luego son absueltas o desvinculadas por falta de mérito. La Corte no reconoce responsabilidad al Estado cuando la prisión preventiva dictada por el juez fue legítima.

En el precedente “Balda”²⁴² se demanda al Estado nacional y la provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios; la Corte rechaza la demanda sobre la base de los siguientes argumentos: Primero, el Estado solo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto; y, segundo, no puede responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento. De este modo, la doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de normas legales, han modelado la

²⁴⁰ CSJN, “Etcheverry, Luisa c. Provincia de Buenos Aires - daños y perjuicios”, 1986, Fallos: 308:2494.

²⁴¹ CSJN, “De Gandía, Beatriz c. Provincia de Buenos Aires”, 1995, Fallos: 318:845.

²⁴² CSJN, “Balda, Miguel c. Provincia de Buenos Aires”, 1995, Fallos: 318:1990. El voto integrado por los Dres. Fayt, Belluscio y Petracchi sostuvieron que el Estado es responsable del perjuicio a quien siendo imputado de un delito sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto. En la medida que el auto de prisión carezca de sustento lógico, se revele como infundado o arbitrario, citado en: Bee Sellares, M. (2019).

responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar las garantías constitucionales de la propiedad y de la igualdad jurídica.

Por su parte, en el precedente "Andrada"²⁴³ la Corte sostuvo que la indemnización por privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino solo cuando el auto de prisión preventiva se revele como infundado o arbitrario, sin cuestionamiento alguno, pero no cuando elementos objetivos hayan llevado al tribunal al convencimiento de que medió un delito y que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor. Así, resolvió rechazar la demanda por daños y perjuicios en contra del Estado.

Distinto es en el caso de una prolongación excesiva o irrazonable de la prisión preventiva. Respecto a ello, en el precedente "Rosa, Carlos A."²⁴⁴, la Corte sostuvo por mayoría "que el mantenimiento de la medida cautelar por los dos primeros años de detención constituye el producto del ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez que no se advierte que los magistrados penales intervinientes hayan incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable. De allí que solo se puede denegar la libertad caucionada transcurrido el plazo de dos años en la medida en que el juez presumiese fundadamente que el procesado pueda eludir la acción de

²⁴³ CSJN, "Andrada, Roberto H. y otros c. Provincia de Buenos Aires - daños y perjuicios", 2006, Fallos: 329:3806.

²⁴⁴ CSJN, "Rosa, Carlos A. c. Estado nacional y otros - daños y perjuicios", 1999, Fallos: 258: 306.

la justicia. Entran en colisión dos derechos: el del procesado a recuperar la libertad, como garantía constitucional sobre la base de la presunción de inocencia del art. 18 de nuestra CN; y el derecho de la sociedad, sobre la base de un interés general de velar por la seguridad, no facilitar la impunidad y velar por la defensa del delito”.

“El plazo razonable de la medida (prisión preventiva) debe ser analizado en una visión armoniosa de derechos que entran en colisión. Ahora bien, este criterio del plazo razonable no puede establecerse en abstracto sin que este se deba fijar en cada caso con vistas a las valoraciones particulares”.

Por su parte, en el caso “Mezzadra”²⁴⁵ la Corte señaló “que no correspondía responsabilizar al Estado por la actuación legítima de los órganos judiciales, pero sí consideró procedente el resarcimiento cuando durante el trámite del proceso la actuación irregular de la autoridad judicial había determinado la prolongación indebida de la prisión preventiva del procesado y ello habría producido graves daños que guardan relación directa con la falta de servicio”²⁴⁶.

Pérez Hualde, por su parte, adentra, tangencialmente, en el estudio de este tipo de responsabilidad, en particular en el análisis de

²⁴⁵ CSJN, “Mezzadra, Jorge O. c. Ministerio de Justicia y DD.HH. - daños y perjuicios”, 2011. Fallos: 334:1302.

²⁴⁶ A su turno en el caso Arisnabarreta, resuelto el 6 de octubre de 2009, la Corte Suprema de la Nación hace lugar a una indemnización de daños y perjuicios ante la prolongación indebida de la prisión preventiva del procesado que le produjeron graves daños que han guardado relación de causalidad directa e inmediata respecto de esa falta de servicio. En este caso se trató de un escribano a quien se le privó de trabajar durante y se le afectó su derecho de propiedad en atención a la dilación

esta por decretarse prisión preventiva, indicando al efecto que un sector ampliamente mayoritario de la actual jurisprudencia y la doctrina nacional afirma que, como regla, el dictado de la prisión preventiva configura una facultad judicial sometida a pautas abiertas y, consecuentemente, si, en abstracto, la decisión judicial encuadra en las previsiones legales, la ulterior declaración de inocencia es insuficiente *per se* para disponer la reparación de los daños causados; sin embargo, esa indemnización es viable en los supuestos fundados en principios generales de rango constitucional. Esos casos son: a) Cuando se presente una dilación indebida de los procedimientos; b) Ante una arbitrariedad manifiesta del auto de procesamiento seguida de la ulterior absolución o sobreseimiento del imputado; y c) Cuando la prisión preventiva obedezca a prueba ilegítimamente obtenida por la policía²⁴⁷.

De esta manera, el autor hace mención en particular a lo que cada supuesto indica, refiriendo así:

a) Morosidad judicial o indebida dilación de los procedimientos: El *leading case* en esta materia es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 1/11/1999 recaída en la causa "Rosa, Carlos"²⁴⁸. Se trata de un caso en el que el imputado fue absuelto por el beneficio de la duda, pero había estado privado preventivamente de

indebida del proceso. "Arisnabarreta, Rubén J. c/ E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación).

²⁴⁷ Pérez, A. (2013), pp. 4-6.

²⁴⁸ Fallos, 322:2683; también en revista "La Ley", t. 2000-D, p. 557 y en "Jurisprudencia Argentina", t. 2000-III, p. 246; con comentario de Jorge Mosset Iturraspe, Daño injusto por prolongación indebida de la prisión preventiva, y en revista "El Derecho", t. 187, p. 340; citados en Pérez, A. (2013).

su libertad durante cuatro años; la mayoría del tribunal consideró que el mantenimiento de la medida cautelar en los dos primeros años de detención constituyó el producto del ejercicio regular del servicio de justicia; mas, a partir de esos dos años, el procedimiento había excedido razonables pautas temporales.

El tribunal valoró que después de los dos años, el imputado había petitionado reiteradamente la excarcelación, habiéndosele denegado mediante el empleo de afirmaciones genéricas y dogmáticas que se contradecían con las concretas circunstancias de la causa; también tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la dilación indebida de los procedimientos. La solución cuenta con la adhesión de prácticamente la unanimidad de la doctrina nacional²⁴⁹, y es razonable, pues con la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional²⁵⁰ ya no hay lugar a discrepancias

²⁴⁹ Entre otros, ver Iberlucía, E. pp, 176-755.

²⁵⁰ "Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder

respecto de la reparación de daños causados por la dilación indebida de los procedimientos seguidos mientras el imputado se encuentra bajo prisión preventiva, supuesto aceptado por la Corte Europea de Derechos Humanos hace ya muchos años.

No obstante, Argentina sufrió una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bayarri vs. Argentina" por haber prolongado irrazonablemente una prisión preventiva²⁵¹.

b) Arbitrariedad manifiesta o error grosero del auto de procesamiento seguido de absolución o sobreseimiento: En realidad, esta excepción a la inmunidad del Estado había sido ya admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace casi veinte años,

Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

²⁵¹ Corte Internacional de Derechos Humanos, Serie C, Nº 187, sentencia del 30 de octubre de 2008. Se trata de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por las violaciones de derechos humanos de Carlos Bayarri por parte del Estado Argentino, en relación a su secuestro, tortura y denegación de justicia.

Los hechos denunciados ocurrieron el 18 de noviembre de 1991, cuando el policía federal Carlos Bayarri fue secuestrado junto a su padre, y llevado al centro clandestino de detención El Olimpo.² En esas circunstancias fue torturado con el objetivo de que confesara como implicado en el secuestro de Mauricio Macri, como supuesto partícipe de la llamada "Banda de los comisarios".

Bayarri fue detenido mientras caminaba por la calle; sin mediar flagrancia ni orden judicial emanada de autoridad competente. El día 25 de Noviembre fue llevado ante el juez para prestar declaración, presentó unas hojas de papel en donde confesaba su participación y además proporcionaba nombres de otras personas presuntamente involucradas.

Un mes después, negó todos los hechos en una ampliación de su declaración indagatoria. Allí indicó que al momento de su primera declaración se encontraba bajo amenazas del personal de la División Defraudaciones y Estafas y que había sido objeto además de torturas.

aunque finalmente la demanda se rechazó porque se consideró que la situación fáctica no se subsumía en los presupuestos exigidos²⁵².

En otro precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró su doctrina afirmando que "el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica"²⁵³.

La búsqueda del error, que abra la revisión, como único supuesto para basar la responsabilidad del Estado lleva a que el mismo fallo sostenga la inexistencia de salida; dice que "si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte, y de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un Tribunal en que no fuera posible el error".

El Máximo Tribunal descarta la responsabilidad del Estado por actividad lícita, pues se sostiene que "tampoco podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos

²⁵² CSJN, 4/11/1986, en revista "El Derecho", t. 122, p. 345, con nota de Juan Carlos Cassagne, La responsabilidad del Estado por error judicial.

²⁵³ Fallos, 321:1712; expte. nº L.241.XXIII, "López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, provincia de s/ daños y perjuicios", del 11 de junio de 1998.

judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento" (...), y ello porque en el caso de las sentencias y las demás actuaciones judiciales "no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia".

Ahora bien, para determinar si el auto de procesamiento es el resultado de error judicial grosero, si es arbitrario, o carece de sustento lógico hay que tener en cuenta los elementos probatorios con los que el juez de instrucción contaba, y no los existentes en el plenario o debate, ya que el primero solo necesita reunir medios de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso.

En estos últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se muestra más flexible en la verificación de esa arbitrariedad o error inexcusable. Así, por ejemplo, se ha dispuesto que se debe indemnizar los daños sufridos por la privación de la libertad ambulatoria durante dos años y cuarenta y seis días "si se acreditó suficientemente el cumplimiento irregular del servicio del personal de la policía que tenía a su cargo la investigación del delito de tráfico de estupefacientes por el cual se lo acusó y del que fue absuelto, siendo que esas irregularidades surgen de la declaración de nulidad de la orden de

allanamiento y de los actos que fueron consecuencia directa y necesaria de éste”²⁵⁴.

Por otro lado, algunos autores coinciden con la solución, pero en una posición de mayor apertura proponen no exigir como requisito *sine qua non* que el imputado haya sido declarado inocente, cuestión que desde ya comparto bajo la constatación de la lesión o infracción de cualquier garantía reconocida²⁵⁵.

²⁵⁴ CSJN, 27/5/2004, “Cura, Carlos A c/Provincia de Bs. As.”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año 2004, nº 8, p. 70.

²⁵⁵ Al respecto, interesante resulta tener presente el desarrollo que en esta materia se ha dado en España en cuanto al derecho a la indemnización por prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. En efecto, a partir de la STC 85/2019, de 19 de junio, ya no es necesario la concurrencia de error judicial en la imposición de dicha medida cautelar personal, basta que en definitiva, conforme al nuevo texto del artículo 294 de la LOPJ, para que tengan “derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre,...”, sin que se exija selección de supuestos indemnizables. En dicha declaración de inconstitucionalidad el TC Español establece que establecer diferencias afecta las garantías de la libertad personal, igualdad ante la ley y presunción de inocencia. Sobre los cambios interpretativos de la doctrina jurisprudencial respecto del art. 294.1 LOPJ puede verse a Simón Castellano, P.: “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (Interrogantes tras la STC 85/2019), La Ley Penal, núm. 143, marzo-abril 2020; y asimismo acerca de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del TEDH y también del TC en la interpretación de la responsabilidad del Estado conforme a este precepto, puede consultarse a Doménech Pascual, G.: “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, núm. 4, 2015 (Recuperada en <https://indret.com/es-mejor-indemnizar-a-diez-culpables-que-dejar-a-un-inocente-sincompensacion/>); también la propia STC 85/2019 recoge en su FJ 2 el contexto normativo y la evolución jurisprudencial sobre la materia.

9.2.- La responsabilidad *in iudicando*.

Esta responsabilidad está relacionada con el error judicial²⁵⁶ de las sentencias y no simplemente en el marco del proceso judicial.

La normativa aplicable resulta del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, donde se indica que a toda persona que haya sido condenada por una sentencia firme que luego haya sido revocada, o donde habiendo sido condenada fuera indultada por un error judicial, debe caberle una indemnización conforme a la ley, a menos que se demuestre en todo o en parte que aquel no fue revelado oportunamente.

Por su parte el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 10 reconoce el derecho a ser indemnizado en caso de ser condenado por sentencia firme debido a un error judicial.

Bajo este tenor, el fallo "Vignoni"²⁵⁷ de 1988, resulta pertinente analizar, donde lo más relevante va en función de que el máximo tribunal consideró "que solo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues, antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, impide se mantenga juzgar que hay

²⁵⁶ Bustamante, J. (1997), refiere: "El error judicial debe ser entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulte ser objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y con la equidad, desviando el resultado del proceso al que naturalmente debió llegar", p. 500.

²⁵⁷ CSJN, "Vignoni, Antonio c. Estado nacional y otros", 1988, Fallos: 311:1007.

error judicial. De lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra un pronunciamiento firme no previsto ni admitido en la ley. Antes del dictado del fallo que declare la ilegitimidad, solo le asiste al demandante un derecho eventual susceptible de nacer en la medida en que se dicte una sentencia revisora, ya que esta es el elemento esencial constitutivo del derecho de ser indemnizado".

Por otra parte, en la sentencia "Egues"²⁵⁸ se plantea cuáles son las vías procesales para revisar las sentencias firmes por errores judiciales. El tribunal así considera que existen vías aptas para declarar la ilegitimidad o nulidad de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual hay que ejercer una acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada material, entendiendo que aquella sentencia es groseramente injusta e inequitativa y violatoria de las garantías constitucionales como eje central del fundamento de la acción autónoma; que es una acción diferente, distinta de la principal que pretende destruir.

En el precedente "González Bellini" del año 2009 la Corte volvió a considerar que solo puede responsabilizarse al Estado por los daños provocados por su actuación jurisdiccional en la medida que dicha sentencia firme sea declarada nula o ilegítima, dejada sin efecto. En el caso se declara procedente el recurso de revisión interpuesto por el actor y anula la sentencia condenatoria sustentándose en la aplicación

²⁵⁸ CSJN, "Egues, Alberto c. Provincia de Buenos Aires", 1996, Fallos: 319:2527.

de la ley penal más benigna. Indica así que "Una revisión de la sentencia en causa penal no es suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en el ejercicio de su función jurisdiccional. La reparación del daño provocado por la decisión jurisdiccional solo procede cuando resulta manifiesta y groseramente injusta, lo que presupone un resultado erróneo no ajustado a la ley, concluyendo que en tal caso no se daban dichos supuestos".

10.- Responsabilidad del Estado por las demoras en la tramitación de los procesos judiciales.

En el caso "Mezzadra" del año 2011 se planteó la responsabilidad del Estado por la duración irrazonable del proceso penal (más de veinte años) en el cual estuvo el actor procesado. En este, no se pone en tela de juicio una decisión jurisdiccional, sino que lo que se imputa a la demandada es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo advirtiéndole al actor que no debe encuadrarse el supuesto en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de error judicial; pues, bien, la pretensión indemnizatoria del demandante se sustenta en la responsabilidad del Estado derivada de la dilación indebida del proceso penal al que fue sometido. No se cuestiona una decisión jurisdiccional, sino que lo que se imputa es una dilación

indebida del proceso penal al que fue sometido sobre la base de un funcionamiento anormal del servicio de justicia²⁵⁹.

Para analizar razonablemente la dilación en el tiempo del proceso penal y de esta manera determinar si fue o no razonable, la Corte se basó en ciertas pautas tales como la complejidad de la causa, el comportamiento de la defensa, y la conducta del tribunal. Respecto de la complejidad, no se observa que los hechos investigados fueran complejos o se hallaran sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación. En cuanto al comportamiento del procesado, el Estado no identifica en forma suficiente las razones por las que ella puede ser calificada como dilatoria. Finalmente, en relación a la conducta de los jueces que intervinieron en el proceso se sostuvo, por un lado, que el carácter irrazonable de los plazos fue reconocido por los propios magistrados y, por el otro, que es posible apuntar deficiencias en la dirección del proceso.

El vicio de denegación de justicia se configura cuando la dilación indebida del trámite el proceso se debe esencialmente a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil. En síntesis, la Corte terminó responsabilizando al Estado²⁶⁰.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso "Furlan vs. Argentina"²⁶¹, del año 2012, sobre la

²⁵⁹ Bee Sellares, M. (2019).

²⁶⁰ CSJN, "Mezzadra, Jorge O. c. Estado nacional y otros - daños y perjuicios", 2011. Fallos: 334:1302.

²⁶¹ CIDH, "Furlán y familiares vs. Argentina", 2012.

responsabilidad del Estado argentino por una demora excesiva en la resolución de la acción civil contra el Estado (trece años), de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la presunta víctima en su condición de menor discapacitado que se accidentó en un inmueble del Ejército argentino. La sentencia, que se dictó trece años después, debió ejecutarse por el sistema de consolidación de deudas, es decir, se le pagó al actor con bonos de consolidación y no en dinero. Así, la Corte Interamericana analizó el tiempo del proceso, y particularmente su grado de razonabilidad, según los estándares de: 1) Complejidad de la causa, teniendo en cuenta las dificultades en la obtención y producción de las pruebas; la pluralidad de sujetos y las características del recurso, y el tiempo y el contexto en que ocurrió la violación de los derechos; 2) Actividad procesal del interesado; 3) Conducta del tribunal, y 4) Afectación de la situación jurídica del actor.

La Corte, entre otros fundamentos del fallo, hace referencia al principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 25 del

Pacto de San José de Costa Rica²⁶², terminando por condenar al Estado argentino.

En el caso "Mémoli"²⁶³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos nuevamente trató el tema del plazo razonable, indicando que todos los órganos que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías establecidas del debido proceso, arguyendo así que "La falta de razonabilidad en el plazo constituye en principio por sí misma una violación de las garantías judiciales, reiterando que se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva, considerando los elementos objetivos que sirven de parámetro para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso judicial, complejidad de la causa, actividad procesal del interesado,

²⁶² "Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

²⁶³ CIDH, "Mémoli vs. Argentina", 2013.

conducta de la autoridad judicial, afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

De esta forma, determinó que en el caso existieron varios períodos de inactividad en el proceso atribuibles a las autoridades judiciales, y que dicha falta de diligencia de las autoridades es especialmente relevante, al considerar que las presuntas víctimas han sido objeto de una medida cautelar de inhibición. El tribunal advierte que, luego de la condena penal, las presuntas víctimas han estado por más de quince años sometidas a la amenaza de ser condenadas por los mismos hechos en el ámbito civil y en consecuencia ser obligadas a pagar todo o al menos parte del monto demandado. En conclusión, la Corte condenó al Estado argentino por violación de los derechos de garantías judiciales, al haber excedido el plazo razonable, y por la violación al derecho de la propiedad privada.

11.- Error judicial.

Como representante del Estado, y funcionario público, el juez se encuentra abarcado dentro de la tipicidad consagrada en el artículo 9 de la Ley 26.944²⁶⁴, que señala que la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no

²⁶⁴ “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

cumplir, sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones que les están impuestas los hace responsables de los daños que causen.

La acción tiene un plazo de prescripción de tres años contra los funcionarios o agentes causantes del daño. El mismo plazo es aplicable al derecho de repetición que tiene el Estado contra los funcionarios o agentes contados desde la sentencia firme que estableció la indemnización.

El juez es un dependiente del Estado, y este nuevo concepto de dependencia y su caracterización lo encontramos en el artículo 1753²⁶⁵, que va en relación con el artículo 732²⁶⁶ del Código Civil y Comercial.

Dichas normas estatuyen sobre la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, donde el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o en ocasión de sus funciones encomendadas. La falta de

²⁶⁵ "Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente".

²⁶⁶ "Actuación de auxiliares. Principio de equiparación. El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado".

discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

Por su parte, el artículo 732 abarca la actuación de los auxiliares al referir que el incumplimiento de las personas de las cuales el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado.

De esta manera, la responsabilidad civil del funcionario o magistrado debe ubicarse en el ámbito de la Ley de Responsabilidad del Estado.

11.1.- Presupuestos de la responsabilidad civil de los jueces.

Conforme se ha esgrimido, el error judicial es un acto realizado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa, con el derecho y con la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente se debió llegar. Resulta ser un acto ilícito o contrario a la ley, una grave equivocación sobre los hechos del caso, con la consiguiente aplicación del derecho a circunstancias inexistentes²⁶⁷.

Un requisito para que se configure el error judicial es la existencia de una violación grave, determinada por dolo o por negligencia inexcusable, lo que descarta cualquier actividad de interpretación de las normas de derecho y las relativas a la valoración de los hechos y de las pruebas; o sea que lo meramente opinable queda fuera del

²⁶⁷ Bee Sellares, M. (2019).

ámbito del daño resarcible. Otra exigencia es que se hayan agotado todos los recursos ordinarios, ya que como el acto que se ataca resulta erróneo, ha dicho la Corte que debe haber sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos. Es decir, no podrá ser revertido por las vías judiciales comunes. En ese mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba resolvió que es improcedente la demanda de responsabilidad civil contra un magistrado por su actuación en una causa en perjuicio del actor, si el hecho que funda la pretensión se halla pendiente de decisión judicial, ya que en el ínterin no existe daño consumado.

Otro elemento indispensable es que los actos o decisiones jurisdiccionales, considerados erróneos o arbitrarios, no deben haber sido consentidos por las partes, puesto que en ese caso no cabría un reclamo posterior.

Por último, la sentencia errónea debe haber sido revocada. La Corte ha resuelto que el Estado solo puede ser responsable del error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide que pueda juzgarse que hay error, pues, de lo contrario, importaría un atentado contra el orden social y

la seguridad jurídica, en tanto la acción de daños vendría a constituir un recurso contra el pronunciamiento firme no previsto por la ley²⁶⁸.

Adicional a lo referido, vale la pena hacer mención a la responsabilidad del Estado por el funcionamiento irregular o anormal del Poder Judicial por los errores *in procedendo* cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia que individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación de su servicio. Según Berizonce, debe admitirse igualmente la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional aplicable a los supuestos objetivos de falta de servicio que resultan del retardo frustratorio de la garantía del debido proceso, además de los casos de error judicial. Estamos ante el cumplimiento irregular del deber de administrar justicia en los plazos legales²⁶⁹.

En efecto, la diferencia entre la falta de servicio y la falta personal del juez radica en que mientras la primera se da cuando se evidencia la influencia de la organización judicial del sistema, en la segunda la falta personal es achacable al actuar doloso o culposo del juez. Esta distinción radica en la responsabilidad, pues en la falta de servicio es responsable el Estado como organizador del servicio de Justicia; lo contrario ocurre si se juzga decisoria la conducta personal del juez, ya que él debiera ser el único responsable de resarcir. Esta distinción en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado no está clara, ya que en su última parte el artículo 9 dice que hace responsables de los daños

²⁶⁸ Bee Sellares, M. (2019).

²⁶⁹ Berizonce, R. (1967), pp. 125 y ss.

que causen, además del juez, al Estado (...) sin perjuicio del derecho a repetir en la oportunidad y por la vía que resulte procedente²⁷⁰.

11.2.- El acto judicial y el error como vicio; sus efectos.

Mosset Iturraspe y Piedecabras²⁷¹ nos advierten en el tratamiento de esta temática que se parte de reconocer que el acto judicial o procesal es un acto jurídico con modalidades propias²⁷². Como todo acto jurídico tiene sujeto, objeto y forma; y dentro de los vicios de la voluntad que pueden afectar la declaración del sujeto cabe consignar al error²⁷³.

Así, los autores parten por sostener el error no como causa de nulidad del acto judicial, sino como explicación de la negación de justicia como origen de un comportamiento dañoso.

De esta forma, la revisión de la decisión impugnada y el reconocimiento por el mismo Poder Judicial de su injusticia, nacida del error, implica una invalidez. Si bien algunos hablan de revocación de los actos procesales aludiendo al vicio del fraude u otro, no faltan quienes predicen que la sentencia, o el acto cualquiera sea que resulta

²⁷⁰ Bee Sellares, M. (2019).

²⁷¹ Mosset, J., y Piedecabras, M. (2016).

²⁷² Podetti, R. (1955), p. 178.

²⁷³ Mosset, J., y Piedecabras, M. (2016).

un entuerto, debe ser declarado nulo²⁷⁴; esta es la tesis predominante, la de la pretensión nulificatoria.

11.3.- Especies de error.

El error que influye sobre la voluntad del juez en el acto procesal se distingue entre error de hecho y error de derecho. El error de derecho se configura con la deficiencia en la aplicación del derecho al caso juzgado; y el error de hecho, con la deficiencia en la interpretación de los hechos que confirman el caso²⁷⁵.

Otra diferencia se suscita con la esencialidad o accidentalidad del error. El primero tiene la virtualidad de hacer desaparecer la criminalidad del acto que recae sobre su naturaleza misma, en cuanto a su licitud o ilicitud y no solamente sobre sus elementos secundarios o sobre sus defectos²⁷⁶. En cambio, el error accidental, conforme refiere Orgaz, es que la falsa noción que confundió la mente puede ser tal que, aun dada su veracidad, permanece siempre la criminalidad de la acción.

11.4.- Consecuencias del error excusable e inexcusable.

El error del funcionario o juez conduce a un comportamiento irregular. Es un acto judicial que se aparta de oficio de la regularidad, sea por acción o por omisión. No es sostenible que todo error es

²⁷⁴ Peyrano, J. y Chiappini, J. (1984), p. 35.

²⁷⁵ Bee Sellares, M. (2019).

²⁷⁶ Orgaz, A. (1970), p. 75.

excusable y que solo excepcionalmente sea inexcusable. Ahora bien, esta presunción puede ser destruida con prueba en contrario, demostrando el juez la razón por la que se equivocó.

Los efectos son diferentes en un caso y en otro en orden a la responsabilidad²⁷⁷:

a) Error inexcusable o culpable es aquel que compromete el deber de indemnizar a cargo del funcionario y del Estado dentro de la responsabilidad común o del derecho privado y aun en la Ley 26.944, aunque respecto del Estado deberá considerarse el artículo 5, última parte²⁷⁸.

b) El error excusable es causa de inculpabilidad; desaparece la ilicitud al no haber culpabilidad, y de ahí que nos ubica fuera de la responsabilidad común.

Parte de la doctrina refiere que no parece justo que, originándose un daño privado en acciones u omisiones irregulares, pueda la excusabilidad del error del agente exonerar su responsabilidad dejando a la víctima inocente sin reparación. Este tema se aborda cuando hablamos de la responsabilidad por los actos lícitos, tanto en

²⁷⁷ Bee Sellares, M. (2019).

²⁷⁸ "La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

el derecho privado como en el derecho público, responsabilizando al Estado y a los particulares.

Los fundamentos para responsabilizar al Estado o, en su caso, condenarlo a indemnizar son de una amplitud o generosidad tal que excede la vigencia de los presupuestos clásicos: antijuridicidad y culpabilidad.

Queda claro que en el régimen de la Ley 26.944 el funcionario o juez responde por los errores culpables o dolosos y queda por determinar la procedencia de la acción respecto del Estado en virtud de la norma de irresponsabilidad del artículo 5, parte final, donde el error en virtud de una actividad judicial legítima no genera responsabilidad al Estado, aunque cabría la pregunta sobre si ese error judicial provocado por una actividad legítima con base en el error culpable o doloso puede ser considerado legítimo.

12.- La morosidad judicial o derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable.

Obtener una sentencia en un plazo razonable es hoy un derecho fundamental de toda persona en su calidad de imputado o procesado y del querellante o denunciante, tanto en el proceso civil como en el penal y en cualquier otro con decisiones jurisdiccionales.

En efecto, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 25 establece "que todo individuo que haya sido privado

de su libertad tiene derecho a ser juzgado sin dilación injustificada o de lo contrario a ser puesto en libertad”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo regula en el artículo 9.3: “Toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”. De igual manera, la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 7.5 establece “que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”, y, por último, la Convención de los Derechos del Niño enuncia “el deber de garantizarle a todo niño que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente”.

Civilmente, el artículo 1775, letra b) del Código Civil y Comercial, autoriza a “solicitar sentencia en el proceso civil en aquellos casos de prejudicialidad donde el proceso penal se dilata de tal manera que provoca en relación con el proceso civil una frustración del derecho a ser indemnizado”.

En lo que respecta al plazo razonable, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene varios fallos, destacándose el de “Losicer, Jorge A. y otro c. Banco Central de la República Argentina - Resolución 169/2005” (Fallos: 335:1126), el cual tiene su origen en un sumario llevado a cabo por el ente del sistema monetario cuyo objeto fue la investigación de diversas infracciones a la normativa financiera, y que culminó con la aplicación de sanciones pecuniarias administrativas. El sumario se tramitó más de veinte años, sin que operara el instituto de la prescripción. Llegados los autos al Máximo Tribunal, y luego de analizar y revisar los voluminosos expedientes, este examina si el

trámite vulneró la garantía de defensa en juicio y el derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable al que alude el inciso primero del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica²⁷⁹. Al respecto Argentina se encuentra adherida a este tratado conforme el artículo 75, número 22, que respecto a la garantía judicial prescribe no solo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, y donde a su vez el artículo 25 del mismo tratado consagra la protección judicial, asegurando la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de funciones oficiales. Sigue sosteniendo la Corte el derecho de todo ciudadano a obtener una sentencia en un plazo razonable, sin dilaciones, que va en relación con el debido proceso del artículo 18 de la Constitución Nacional²⁸⁰ como garantía constitucional de la defensa en juicio, incluyendo el derecho de todo ciudadano imputado o procesado a obtener un pronunciamiento que ponga fin

²⁷⁹ Artículo 8: "Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

²⁸⁰ "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa".

del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que conlleva todo proceso.

Cabe hacer presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, aludiendo así a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por ende, la Corte sostiene que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte agrega que "en cualquier tipo de proceso jurisdiccional, administrativo o sancionatorio debe respetarse el debido proceso legal, pues es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar derechos de las personas".

En particular, la aplicación de una sanción de tipo disciplinario no penal, fruto de un sumario de más de veinte años, no resulta óbice a la aplicación de la mencionada garantía de un debido proceso. La Corte Interamericana en el fallo "Baena" (con precedente de la Corte europea) aseveró que el debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso disciplinario y que los Estados no pueden sustraerse a

esta obligación argumentando su no aplicación en sanciones de tipo no penal, pues, de ser así, equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación del derecho de toda persona a un debido proceso²⁸¹.

Los jueces deberán evaluar en el caso concreto si se ha configurado un retardo injustificado en la decisión de tipo jurisdiccional, administrativa o sancionatoria, para lo cual la Corte Interamericana ratifica parámetros que fueron tomados por nuestra Corte Suprema, con preceptos constitucionales como el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸², tomando como pautas objetivas para su determinación de forma razonable la complejidad de la causa, la actividad procesal de las partes, la conducta de la autoridad judicial y el análisis global de los procedimientos²⁸³. Continúa refiriendo que estos criterios resultan razonables, atento a la indeterminación de la expresión plazo razonable y que la garantía de obtener una decisión en un plazo razonable no puede traducirse en una determinación fija en el número de días, meses y años.

Se concluye que la irrazonable duración del procedimiento administrativo sancionatorio resulta incompatible con el derecho al

²⁸¹ Fallo "Baena, Ricardo vs. Panamá", párr. 129, 2001.

²⁸² Fallos: 318:514 y 323:4130.

²⁸³ Fallo CIDH, "López Álvarez vs. Honduras", 2006.

debido proceso amparado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y por el artículo 8, inciso primero, del Pacto de San José de Costa Rica.

12.1.- Demoras en el proceso penal.

En autos "Egea, Miguel Ángel"²⁸⁴, la Corte y el dictamen de la Procuración nos ilustran al efecto. El recurrente Egea, Miguel Ángel, reclama que se declare la extinción de la acción penal por prescripción como forma de consagrar efectivamente el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable. La Corte entre los fundamentos del fallo "valora la garantía que tiene todo ciudadano de obtener un pronunciamiento judicial que defina su situación ante la ley y la sociedad. Amén de los perjuicios que le ocasiona al imputado permanecer tanto tiempo (veinte años procesado), el Estado también se ve perjudicado por dicha práctica no solo por el dispendio jurisdiccional, sino porque se distorsiona todos los fines de la pena que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena. A mayor paso del tiempo, las pruebas que apoyan la prosecución penal se debilitan".

En síntesis, la Corte considera "que la duración indefinida de un proceso penal provoca una lesión al derecho, de rango constitucional, y que la decisión que rechaza la extinción de la acción penal, prescripción interpuesta por Egea, por haber existido actos procesales

²⁸⁴ Fallo CSJN, "Egea, Miguel s/ prescripción de la acción penal", Fallos: 316:365, 2004.

interruptivos de la prescripción, puede y debe ser revisada en esta instancia. El instituto de la prescripción cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio al impedir que los individuos tengan que defenderse respecto de acusaciones en las cuales los hechos básicos han quedado oscurecidos por el paso del tiempo y minimizar el peligro del castigo estatal por hechos ocurridos en un pasado lejano”.

“El tribunal sostiene, con fundamento de la garantía de la defensa en juicio, que el imputado tiene derecho a obtener (después de un proceso tramitado en legal forma) un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

En consecuencia, la Corte considera que la duración del proceso por casi dos décadas viola ostensiblemente las garantías de todo plazo razonable del proceso y del derecho de defensa; por ende, hace lugar a la prescripción planteada por Egea.

13.- Propuesta de imputación.

Sin duda que de los casos analizados en este capítulo, ninguno, a nuestro juicio, satisface plenamente la imputación de responsabilidad que se pretende del Ministerio Público Fiscal en el nuevo sistema procesal penal argentino. En efecto, nos encontramos bajo regímenes jurídicos diversos, por lo que, analógicamente, resulta difícil pensar en aplicar la doctrina y práctica chilena al caso argentino.

En efecto, hemos podido apreciar que, de la experiencia chilena y a partir de los cimientos dados por error judicial (como función propia de declaración previa de la Corte Suprema chilena), nos permiten proponer la misma causal “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público de la Nación en el ámbito del ejercicio de la acción penal”.

En efecto, frente a los casos en que el Ministerio Público Fiscal ejerciendo la acción penal, y como interviniente pudiera, tal como se dijo²⁸⁵, en el curso de una investigación criminal cometer errores, existiendo un margen en el que estos errores deben ser soportados por los intervinientes a fin de proteger el funcionamiento y autonomía del órgano persecutor. Errores que el ordenamiento jurídico no puede tolerar y, por tanto, activar la responsabilidad patrimonial del Estado, circunstancias que escapan del análisis hasta ahora desarrollado por la doctrina y jurisprudencia argentina.

Como se sostuvo, dicho margen de tolerancia generó discusiones a la hora de enfrentar qué se debe entender como “conducta injustificadamente errónea o arbitraria”.

También es importante indicar que esta regla de imputación propuesta no afecta a la acción por error judicial, sino que reafirma el

²⁸⁵ Ver capítulo III del presente estudio.

deber de responsabilidad del Estado de reparar los daños causados a las víctimas.

Tal como se señaló, estamos en presencia de una causal en la que el Estado asuma la responsabilidad por sus actos y omisiones, lo que no significa transformarlo en una suerte de asegurador universal de todo daño, sin excepciones ni limitaciones.

En función del principio de legalidad, el Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de investigar y, solo excepcionalmente, puede terminar una investigación en los casos expresamente establecidos en la ley. El fundamento de dicho principio radica en la igualdad ante la ley, ya que se pretende que la persecución penal no quede entregada al arbitrio de los fiscales, que podrían discriminar respecto de perseguir o no un determinado delito por razones incluso de índole personal. En este sentido, el principio de legalidad impone la obligación de perseguir por igual todos los delitos que se cometen en una sociedad determinada. Pero, así como el persecutor penal está vinculado por el principio referido, existe un deber legal de entregar al fiscal las herramientas que le permitan iniciar y dirigir una investigación de manera justa y objetiva para llegar a la verdad. Sin establecer responsabilidad del Ministerio Público Fiscal, los ciudadanos afectados en el transcurso de una investigación que no llega a buen puerto podrían siempre dirigirse en contra de dicho órgano, lo que conllevaría

a que este organismo actuaría de manera temerosa, a fin de no generar daño²⁸⁶.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial del Estado se activará en razón de conductas que desplieguen sus agentes y que no guarden ninguna relación respecto de los antecedentes de cargo que constan en la investigación o instrucción, en un momento determinado, especialmente refiriéndonos al inicio de la investigación que se actúa respecto de sospechas e indicios y no pruebas concretas. Creemos que si se pudiera concluir que un hombre medio con los mismos antecedentes hubiera obrado de la misma manera, vale decir, si parece racional y lógico su actuar, no podemos alegar que estamos en presencia de una conducta injustificadamente errónea o arbitraria. Además la actuación debe tener por único fin buscar la verdad material respecto de lo que se investiga.

Así, las conductas que pueden adoptar los agentes del Ministerio Público Fiscal y que podrían activar la responsabilidad patrimonial del Estado podrían agruparse, siempre siguiendo a Wigg, de la siguiente manera:

a) Solicitud de prisión preventiva por parte del fiscal: Esta medida cautelar personal constituye una real afectación a la libertad personal.

Creemos que solo podría surgir responsabilidad en la medida en que se haya decretado la prisión preventiva en un caso en que esta era en realidad inadmisibles, vale decir, cuando no concurre alguno de

²⁸⁶ Wigg, I. (2015), p. 93.

los requisitos establecidos en el artículo 220 del Código Procesal Penal Federal²⁸⁷.

Resulta pertinente además señalar que en aquellos casos en que el Ministerio Público Fiscal solicite la prisión preventiva, cuando

²⁸⁷ Artículo 218: "Prisión preventiva. Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código.

No procederá la prisión preventiva en los siguientes supuestos:

- a. Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado pudiere resultar de aplicación una condena condicional;
- b. En los delitos de acción privada;
- c. Cuando se trate de hechos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas".

Artículo 220: "Condiciones y requisitos. Al solicitar la imposición de una o varias de las medidas de coerción enumeradas en el artículo 210, el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante deberán:

- a. Acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste;
- b. Justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso;
- c. Indicar el plazo de duración de la medida que estime necesario, según las circunstancias del caso.

El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente".

Artículo 223: "Procedimiento. El requerimiento de una medida de coerción se formulará y decidirá en audiencia, garantizando los principios de contradicción, intermediación, publicidad y celeridad. No se podrá aplicar una medida de coerción sin expreso pedido del representante del Ministerio Público Fiscal o del querellante.

Sin perjuicio de los elementos probatorios que las partes pudiesen aportar durante la audiencia, a los efectos de constatar las condiciones de procedencia de una medida de coerción, la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas efectuará un informe sobre las condiciones personales y circunstancias que permitan discutir a las partes respecto de la libertad del imputado.

En dicha audiencia, el representante del Ministerio Público Fiscal deberá especificar el plazo de duración de la medida y el plazo requerido para llevar adelante la investigación penal preparatoria. En el caso que sea solicitada únicamente por el querellante, deberá exponer la duración y los motivos de su extensión.

expresamente está prohibido ordenarla de acuerdo al artículo 218 del Código Procesal Penal, podría configurarse la hipótesis de estar actuando el funcionario arbitrariamente o desplegando una conducta injustificadamente errónea.

b) Actividades de investigación: El artículo 135²⁸⁸ y siguientes, del Código Procesal Penal Federal señala las reglas sobre la prueba en

Respecto del imputado que se encuentre previamente detenido, la audiencia deberá celebrarse dentro del plazo máximo de setenta y dos (72) horas contadas desde que la detención tuvo lugar.

El juez dará al imputado el derecho de ser oído, con la asistencia e intervención de su defensor, oportunidad en la que podrá cuestionar el lugar y demás condiciones de la prisión preventiva. Asimismo, escuchará al querellante, cuando éste solicite tomar intervención, y resolverá inmediatamente el planteo.

El requerimiento de una medida cautelar será formulado por las partes ante el juez. Deberá especificar el alcance, plazo de duración y fundamentos de la medida. El juez podrá convocar a audiencia unilateral previo a tomar la decisión.

La resolución que imponga una medida de coerción o cautelar deberá individualizar al imputado, enunciar los hechos que se le atribuyan, su calificación legal, expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar el plazo por el cual se establece.

Vencido el plazo, previa audiencia en la cual oír a las partes, el juez decidirá si corresponde o no su extensión. Las partes podrán en cualquier momento solicitar la revisión de la medida de coerción ante el juez, por el mismo procedimiento.

La resolución que imponga, renueve o rechace la prisión preventiva o cualquier otra medida de coerción o cautelar será revisable, sin efecto suspensivo, dentro del plazo de setenta y dos (72) horas”.

Artículo 224: “Límite de la prisión preventiva. La prisión preventiva cesará:

a. Si el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal;

b. Si el imputado hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme;

c. Si el imputado hubiere permanecido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida.

No podrá imponerse nuevamente la prisión preventiva en el mismo proceso si una anterior hubiese cesado por cualquiera de las razones enunciadas precedentemente; ello sin perjuicio de las facultades para hacer comparecer al imputado a los actos necesarios del proceso o de la aplicación de otras medidas de coerción”.

²⁸⁸ Artículo 135: “Reglas sobre la prueba. La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales:

relación a la recolección y admisibilidad de la misma, normas que relacionadas con lo dispuesto en los artículos 228 y siguientes de dicho cuerpo legal establecen ciertas actividades mínimas que debe realizar el Fiscal a fin de esclarecer el hecho punible y la participación de los imputados.

En este caso, se puede generar responsabilidad por acción del Ministerio Público Fiscal al realizar las diligencias determinadas de manera negligente y sin el debido cuidado, o también por omisiones, en el caso que no se realicen dichas diligencias de investigación,

-
- a. La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal, quien actuará bajo los principios de objetividad y lealtad procesal y deberá requerir orden judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece;
 - b. Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al representante del Ministerio Público Fiscal si fuese necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que así lo ordene. La prueba producida por la querella se incorporará como anexo al legajo del Ministerio Público Fiscal cuando esta lo solicite; la defensa tendrá su propio legajo de prueba;
 - c. Los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna;
 - d. Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso, sean útiles y pertinentes para la resolución del caso y no resulten manifiestamente sobreabundantes; no podrá denegarse prueba si para su producción hubiere conformidad de las partes;
 - e. Si el hecho fuera admitido por todas las partes, el órgano jurisdiccional puede prescindir de la prueba ofrecida, declarándolo comprobado en el auto de apertura del juicio; durante la audiencia prevista en el artículo 279, el juez puede provocar el acuerdo entre las partes si estimara que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio".

siempre que ello conlleve algún perjuicio determinado para la persona que alega la acción de indemnización.

c) El criterio o principio de oportunidad²⁸⁹: Este principio es de cargo exclusivo del Ministerio Público Fiscal, vale decir quien toma la decisión de aplicarlo es el fiscal y por lo tanto la afectación del derecho que se puede producir y consecuentemente los perjuicios que acarrea serían de cargo del Ministerio Público Fiscal toda vez que se entiende que deberá adoptarlo a través de una decisión motivada.

d) La "autodenuncia": Si el Ministerio Público Fiscal niega este derecho sin razón alguna, de manera injustificada o arbitraria, se podrá accionar contra el Estado, pese a que el artículo no menciona acción en caso de no obtener una respuesta, o en el caso que se obtenga una respuesta desfavorable por parte de las autoridades del Ministerio Público Fiscal.

e) Exámenes corporales: Esta diligencia de investigación la encontramos establecida en el artículo 181 del Código Procesal Penal

²⁸⁹ Artículo 251: "Criterio de oportunidad. Si el representante del Ministerio Público Fiscal, de oficio o a petición de parte, estimase que procede la aplicación de un criterio de oportunidad, declarará que prescinde de la persecución penal pública. Comunicará a la defensa e informará a la víctima de las facultades previstas en el artículo 252 de este Código.

Si existieran nuevas circunstancias que tomaran procedente la aplicación de algún criterio de oportunidad, el imputado o su defensor podrán reiterar la solicitud de aplicación de este criterio.

En los supuestos en los que no haya víctimas identificadas en la causa, el archivo, desestimación o criterio de oportunidad deberá ser confirmado dentro de los cinco (5) días por el fiscal superior. En caso de no confirmarlo dispondrá la continuidad de la investigación".

Federal²⁹⁰ y afecta de manera directa el derecho a la intimidad que tiene toda persona. Es por esta razón, y atendido a que el Ministerio Público Fiscal debe proteger una variada gama de garantías constitucionales, que se exige que el fiscal debe justificar dicha diligencia, pudiendo la persona eventualmente negarse, cuestión que significaría la necesidad de requerir autorización judicial.

De lo dicho con anterioridad, podemos extraer que podría eventualmente existir por parte del fiscal una medida arbitraria o injustificadamente errónea.

f) Actuar con criterio objetivo: Creemos que el establecimiento de una responsabilidad especial del Ministerio Público Fiscal justamente es evitar una subjetivación en una determinada investigación. Vale decir, en la medida que el fiscal actúe objetivamente, creemos que no se producirá por su parte una conducta injustificadamente errónea o arbitraria. Solo los jueces pueden sacar conclusiones respecto de los hechos probados en un determinado proceso, y por lo tanto en caso que se busque demostrar

²⁹⁰ "Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales al imputado o al presunto ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no existiere riesgo para la salud o dignidad del examinado.

Si la persona que ha de ser objeto de examen, informada de sus derechos, consintiere en hacerlo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez ordenará la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el párrafo primero de este artículo".

una apreciación personal del Fiscal, podría incurrir en arbitrariedades respecto de las cuales el Estado deberá responder.

g) Formalización de la investigación o de cargos: Es interesante esta función de los fiscales, toda vez que creemos que, a priori, no se dan los requisitos exigidos para generar la responsabilidad en estudio. En efecto, la formalización de la investigación está definida en la ley como una "comunicación" y como tal no estamos en presencia de una afectación de un derecho. Ahora bien, distinta es la hipótesis en el caso que existan ciertas diligencias en el transcurso de la investigación que puedan afectar derechos o se soliciten ciertas medidas precautorias que están establecidas en la ley. Sin embargo, la práctica procesal chilena hoy se sostiene, lo que definitivamente sucederá en Argentina atendida a la fuente misma de su código procesal penal en el chileno, en que "(...) los beneficios procesales del imputado respecto de quien se formaliza investigación son de carácter colateral e indirecto, si es que dichos beneficios efectivamente se presentan. El imputado no satisface carga o expectativa procesal alguna con la formalización y, en realidad, su situación se ve sensiblemente desmejorada. El gran interesado en la formalización es el fiscal, quien satisface una carga procesal"²⁹¹. Hoy, sin duda alguna, y en ello nos alejamos de lo que sostiene Wigg, la formalización de la investigación podrá devenir en arbitraria ya en la especie será fundamento para pedir medidas cautelares personales (incluso la de mayor intensidad),

²⁹¹ Ried, I. (2017), pp. 87-114. En el mismo sentido, Vera, R. (2018), pp. 203-221. Lo que finalmente ha sido reconocido por la Corte Suprema Chilena en rol 671-2013.

es el paso previo y necesario para acusar, será requisito para que se autoricen algunas diligencias de investigación, dará derecho a la víctima para obtener una tutela efectiva judicial y, por cierto que generará una afectación de la presunción de inocencia en las causas de connotación pública.

f) Cierre de la investigación^{292 293}: En relación a dicha función creemos importante mencionar el artículo 269 letra e) del Código Procesal Penal Federal²⁹⁴, dado que una vez cerrada la investigación, es una facultad inherente al fiscal solicitar el sobreseimiento por dicha causal. No obstante, dicha facultad puede ir en contra los derechos de las víctimas, quienes amparados en sus garantías constitucionales pueden "requerir la tutela efectiva del derecho que reclama, sobre la

²⁹² Artículo 268: "Cierre de la investigación preparatoria. Practicadas las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y para garantizar el comiso, el representante del Ministerio Público Fiscal declarará cerrada la investigación preparatoria, y podrá: a. Solicitar el sobreseimiento; b. Acusar al imputado."

²⁹³ Similar situación se da en el Código Procesal Penal chileno bajo el nombre de Comunicación de no Perseverar en el Procedimiento, regulado en el artículo 248, letra c). Ver capítulo II del presente trabajo.

²⁹⁴ "Causales del sobreseimiento. El sobreseimiento procede si:

- a. El hecho investigado no se ha cometido;
- b. El hecho investigado no encuadra en una figura legal penal;
- c. El imputado no ha tomado parte en él;
- d. Media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad;
- e. Agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio;
- f. La acción penal se ha extinguido;
- g. Se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código".

cual debe pronunciarse la jurisdicción y no la fiscalía, que es un órgano administrativo que no ejerce funciones jurisdiccionales.”

La investigación y no solo el procedimiento judicial debe ser racional y justo; no obstante, el artículo 269 letra e) excluye la posibilidad tanto respecto de la víctima de perseguir al Estado por las actuaciones manifiestamente erróneas y arbitrarias del Ministerio Público, por cuanto la facultad en comento es privativa y discrecional de dicho órgano, como de perseguir al Estado por el imputado por error judicial.

En definitiva, y tal como lo señala la Corte Suprema en Chile, no basta con que el proceder del ente persecutor sea meramente equivocado, inexacto o desacertado, sino que también debe estar falto de justificación, lo que, a su vez, supone que la conducta del Ministerio Público sea antojadiza o que esté dirigida por la irracionalidad”²⁹⁵.

La propuesta de imputación se da en la misma tendencia de la doctrina ya dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁹⁶, la que en su oportunidad señaló a propósito del error judicial su procedencia ante la verificación de arbitrariedad o error inexcusable de la conducta exigida, en este caso del juez; o sea cuando hay “error craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible, al carecer de un fundamento

²⁹⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de septiembre de 2015, pronunciada en los autos caratulados “Barrales González, Óscar contra Fisco de Chile”, rol ingreso corte Nº 8.095-2015.

²⁹⁶ Cura, Carlos A c/Provincia de Bs. As.”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año 2004, nº 8, p. 70.

racional o cuando la decisión tenga por base una conducta arbitraria, al ser contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada solo por la voluntad o el capricho de quienes la disponen, conducta que, por cierto, es la misma ahora que se exige del Ministerio Público Fiscal sin que sea necesario, incluso, que el imputado haya sido declarado inocente, tal como lo cita Pérez Hualde²⁹⁷, posición que compartimos.

Resumiendo, dicho autor refiere que toda vez que una persona sufrió prisión preventiva efectiva en razón de una orden correctamente emitida por un juez, si luego no es condenado por cualquier causa, este debe ser indemnizado, ya que: a) Se presume y se sigue considerando inocente en la medida que no se haya probado su culpabilidad; b) No es un daño de esos normales que la sociedad se obliga a soportar en beneficio de la comunidad (como si podrían serlo ciertas multas administrativas al dominio); c) No tiene por qué cargar una persona el costo, consecuencias personales y daños especiales de la correcta aplicación de esta medida cautelar de prisión preventiva, la cual es de utilidad para la investigación penal y para el conjunto social, siendo en consecuencia la misma sociedad la que debe cargar con su costo; d) La propuesta se formula al margen de la realidad del estado y trato de las cárceles argentinas, las cuales no son sanas ni limpias, como reza irónicamente la Constitución Nacional en su artículo 18²⁹⁸,

²⁹⁷ Pérez, A. (2013), p. 6.

²⁹⁸ "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá

y aun cuando fueran las únicas del mundo que cumplieran con los estándares adecuados, los daños igualmente deben resarcirse, y, e) En contrario a lo anterior, se cae en la paradoja de que el procesado y nunca condenado, queda equiparado en derechos a un condenado que es dañado, abusado, golpeado, herido, enfermado, contagiado dentro de la cárcel y que puede reclamar su reparación judicialmente, como ha sido en casos al menos en la provincia de Mendoza.

14.- Normativa local.

En lo que respecta a nuestro estudio, cabe señalar la norma del artículo 228 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza (Ley N° 9.001, de 30 de agosto de 2017), es el

procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

que regula la responsabilidad de jueces, magistrados, funcionarios y empleados judiciales.²⁹⁹

En este caso, la conducta antijurídica que se describe es el "mal desempeño de sus funciones, cuando se demuestre falta de probidad en el uso de sus facultades".

Gallo³⁰⁰ refiere que en la normativa procesal de la Provincia de Mendoza, si bien, no vinculado estrictamente al trámite del denominado juicio por responsabilidad civil del magistrado por los daños ocasionados en el ejercicio de su función, se prevé la posibilidad de imponer costas en incidentes de nulidad a quien las ocasionó, estatuido en el artículo 36 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.³⁰¹

Así, entre los sujetos pasivos de la eventual condena en costas se contempla expresamente a los jueces o funcionarios, empero, en

²⁹⁹ Refiere dicha norma lo siguiente:

"I.- Los jueces, magistrados, funcionarios y empleados judiciales, son personalmente responsables por los daños que causaren por mal desempeño de sus funciones, cuando se demuestre falta de probidad en el uso de sus facultades. Los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado.

II.- En los casos de demanda para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los magistrados judiciales será competente la Suprema Corte Justicia y se sustanciará con el Juez o Jueces a quienes se atribuye la responsabilidad, debiendo concurrir con patrocinio letrado o por intermedio de mandatario.

III.- Al interponerse la demanda, deberá el actor acompañar el depósito en el banco destinado a tal efecto, del dos por ciento (2%) del valor económico del pleito. El depósito no podrá ser inferior a un (1) JUS. En caso de rechazo de la acción, el depósito tendrá el destino previsto en el Art. 47. Quedan exentas de este depósito, las instituciones y personas que gocen de beneficio de litigar sin gastos.

IV.- Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento".

³⁰⁰ Gallo, F. (2003)

³⁰¹ Dicha norma indica "Condena en Costas.

estos casos, se deja bien a salvo que tal condena tendrá lugar "salvo que medie contienda entre las partes, en cuyo caso se pagarán por el litigante vencido"³⁰². En el caso de la condena a jueces y funcionarios

I.- El vencido será condenado en costas sin necesidad de pedido de su contrario y en la proporción en la cual prospere la pretensión del vencedor. El que desiste también.

II.- Si hubiere vencimiento recíproco y equivalente, podrá disponerse que cada litigante pague sus costas y la mitad de las comunes.

III.- Las costas de los incidentes de nulidad serán a cargo de quien ocasionó ésta, sean litigantes, jueces, funcionarios o empleados judiciales, profesionales, peritos u otros auxiliares de la justicia, salvo que medie contienda entre las partes en cuyo caso las costas se pagarán por el litigante vencido.

En el caso de los jueces, funcionarios y empleados judiciales, el importe de las costas a su cargo no podrá exceder de cuatro (4) meses de sueldo.

IV.- Los representantes y abogados podrán ser condenados en costas cuando actúen con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad.

V.- El vencedor será condenado en costas o se impondrán en el orden causado cuando resulte evidente que el contrario no dio motivo a la demanda o articulación y se allanó de inmediato, haciendo entrega o depositando lo debido. Esta disposición no se aplicará cuando se trate de deuda líquida, exigible y de plazo vencido; en estos casos las costas se impondrán al deudor, aunque mediara allanamiento inmediato y depósito de la deuda.

VI.- Si el juicio terminase por transacción o conciliación, las costas serán impuestas en la forma que las partes acuerden y los honorarios de los profesionales se determinarán por el monto del acuerdo y se regularán como juicio completo y sin disminución alguna, respecto de quienes celebraron el avenimiento. En cuanto a las partes que no los suscribieron, se aplicarán las reglas generales respecto a las costas.

VII.- Si el proceso se extinguiese por desistimiento, las costas serán a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiere exclusivamente a cambios de legislación y jurisprudencia obligatoria y se lleve a cabo en un término de veinte (20) días desde que se dictó la ley o la sentencia.

VIII.- En el caso de sustracción de materia litigiosa las costas serán impuestas en el orden causado, salvo que la actitud de alguno de los litigantes justifique condenarlo en costas."

³⁰² Gallo, F. (2003)

el importe de las aquéllas no podrá exceder de cuatro meses de sueldo.

La situación descrita dista de la típica concepción de costas a la parte por el hecho objetivo del vencimiento, incorporándose la posibilidad de condenar en costas al juez, quien no es vencido, dado que no ejerce ninguna pretensión; sin embargo, se le condena en costas fundamentando tal condena en que éste ocasionó la nulidad. Ante esto, la jurisprudencia mendocina ha señalado que "cuando el sujeto pasivo de la condena en costas no es uno de los litigantes, la condena en costas además de su fin genérico de evitar que el vencedor vea disminuido su derecho, tiene el específico de sanción para quien dio lugar a trámites inútiles o nulos"³⁰³. Cabe referir que en este caso, la regulación provincial se excede en su regulación referente al tema costas dado que, en el caso de originar nulidades por "mal desempeño de su función" por parte del magistrado debiera siempre sujetarse al mismo al respectivo procedimiento especial de remoción o el "juicio de regreso"³⁰⁴.

En cuanto a la responsabilidad propiamente tal, un tema importante lo constituye la cuestión referente al hecho de que un juez sea demandado y en ese caso el magistrado interviniente en el proceso

³⁰³ Conf. Tercera Cámara Civil de 1^a Circ; Expediente Nro. 21394 "González, Roberto c/ Miriam Flaca de Laspina p/ Ejecución Cambiaria, 14/08/1995.

³⁰⁴ Gallo, F. (2003)

de daños rechaza “in límine” la demanda, presentada por carecer el juez de legitimación pasiva.

Al respecto, la Provincia de Buenos Aires ha establecido en su Constitución la posibilidad de demandar civilmente al funcionario o empleado que, presuntamente, hubiese violado o menoscabado las libertades, los derechos y las garantías establecidas en la Constitución.³⁰⁵

Sin embargo, la norma en cuestión no menciona al magistrado, y con respecto al mismo establece un procedimiento especial de acusación al ser denunciado o acusado por faltas o delitos cometidos en el desempeño de sus funciones y en su caso de destitución. Además, refiere el cuerpo normativo que el juez acusado quedará suspendido en el ejercicio de su cargo desde el día que el jurado admita la acusación, estableciendo así que los jueces acusados de delitos ajenos a sus funciones serán juzgados en la misma forma que

³⁰⁵ Así, el artículo 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires refiere que: “Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado”.

los demás habitantes de la Provincia, acorde al artículo 183 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Las normas indicadas permiten ilustrarnos respecto a la hipótesis de que el error judicial debe ser indemnizado, en orden a que los demandantes puedan obtener el respectivo resarcimiento, por parte del Estado, de los perjuicios que su incumplimiento les irrogare, entendiendo además que mientras el magistrado no haya sido destituido de su cargo por el procedimiento fijado al respecto, la demanda civil iniciada contra el mismo y referente a ejercicio de su función resulta improponible³⁰⁶.

Es del caso mencionar que las inmunidades y prerrogativas que la Constitución y las leyes acuerdan a los jueces tienden a hacer posible, por parte de los mismos el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas. Estas inmunidades y prerrogativas que se le otorgan a los jueces no constituyen un fuero o privilegio personal, sino funcional por hechos cumplidos en ejercicio de sus funciones o por actos inherentes a ella, lo cual garantiza el ejercicio regular de su actividad, sin el temor de ser perseguido ante otros jueces por daños ocasionados por sus resoluciones, sin que la causa sea examinada por un tribunal, que concederá o no el desafuero o su suspensión³⁰⁷.

Edgardo Donna y Gustavo Aboso sostuvieron que una moderna tendencia en el campo del Derecho Administrativo propone sustituir la

³⁰⁶ Gallo, F. (2003).

³⁰⁷ Doctr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala 1ra. in re "Marder, José c/ Marquevich, Roberto y otro s/ beneficio de litigar sin gastos, int.8445/94 del 7/04/95.

responsabilidad directa del funcionario por la responsabilidad meramente regresiva. Así la víctima sólo tiene acción en contra del Estado y éste a su vez tiene el derecho de repetición en contra del funcionario³⁰⁸.

Relevante resulta analizar la Constitución Provincial de Buenos Aires, donde en sus artículos 185 y 187 se refiere que en cuanto a que una vez pronunciado el veredicto de culpabilidad, la causa se remitirá al juez competente para que aplique la ley penal cuando corresponda. En palabras de Paolini, la pretensión de daños y perjuicios deducida contra un juez en el supuesto de actos ilícitos cometidos en el desempeño de sus funciones, se haya condicionada desde el punto de vista de su admisibilidad extrínseca a la circunstancia de que aquél haya cesado en el cargo, sea en virtud de destitución dispuesta por el Jurado de Enjuiciamiento, sea como consecuencia de haber concluido en el desempeño de sus funciones por renuncia o por haberse acogido a los beneficios jubilatorios³⁰⁹.

Por su parte, la responsabilidad civil del juez en el desempeño de sus funciones y como consecuencia del presunto error judicial, supone, como refiere Llambias la habilitación de la instancia respectiva, nunca es dable examinar su procedencia si el juez se mantiene en el

³⁰⁸ Donna, E. Y Aboso, G. (2000), p. 142.

³⁰⁹ Paolini, J. (2000), P. 65.

desempeño de su augusta función, pero luego de haber cesado en el cargo, procede el examen de dicha responsabilidad³¹⁰.

Hay doctrina que sostiene la posibilidad de iniciar un juicio de responsabilidad civil contra el magistrado actuante. Sin embargo, en lo que nos ocupa, respecto a los magistrados y miembros del Ministerio Público, el control mixto ejercitado tanto por representantes del Estado como los abogados, está acorde al principio establecido en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 10), en cuanto a que el Estado deberá indemnizar por los perjuicios que irrogare el error judicial, lo que impide que el magistrado o miembro del Ministerio Público pueda ser demandado civilmente por el ejercicio de sus funciones sin previa remoción en el ejercicio de su cargo.

Lo anterior acorde al texto constitucional y la normativa referida, los cuales definen el asunto, pudiendo así establecer que el magistrado en tanto órgano esencial de uno de los Poderes del Estado, es quien debe ser garantizado en el normal ejercicio de su función, pues ello hace plenamente eficaz el "derecho a la jurisdicción"³¹¹.

En cuanto a la factibilidad de que el juez sea demandado civilmente con posterioridad a su destitución consideramos, que el legitimado no ha de ser el perjudicado, pues como ya vimos el responsable es el Estado sino que en su caso éste último ha de ejercer

³¹⁰ Llamblas, J. (1980), P. 125.

³¹¹ Gallo, F. (2003).

la respectiva acción regresiva en caso de existir condena contra el mismo originada en el error judicial³¹².

Distinto escenario resulta la situación de una sentencia que arbitrariamente y en forma dolosa, con una clara y manifiesta intención de perjudicar a una de las partes intervinientes o a ambas, dé lugar a la acción de daños que referimos, ya que, en dicha hipótesis y comprobada, de forma previa, penalmente la conducta del magistrado, existirá legitimación activa para accionar por daños y perjuicios para la víctima de ese actuar, dado que al excederse de los límites que marcan su actuación, ha violado el derecho a la jurisdicción, el debido proceso y la defensa en juicio de la persona y sus derechos. Así, sólo en ese caso, y previa destitución, puede el magistrado ser demandado en forma directa por la víctima por su conducta en el ejercicio de su función.

³¹² Gallo, F. (2003).

CONCLUSIONES

Cabe destacar que la nueva ley argentina que estatuye la responsabilidad del Estado es una norma de adhesión, mediante la cual llama a las provincias a sancionar su propia ley de acuerdo a sus múltiples exigencias, facultad se encuentra consagrada pero asimismo encuentra sus límites dentro de la Carta Magna argentina. Así, en palabras de Thomas, esta ley permite la atomización de las autonomías locales³¹³.

Así, esta política legislativa tiene como objetivo la jerarquización de las autonomías provinciales, reivindicando de esta forma el sistema federal de gobierno como así también nuestro derecho público.

Si bien debe el Estado responder por los daños que ocasione, es menester referir que debe responder pero teniendo en cuenta que el Estado no es una persona que considera solo sus intereses individuales, sino que es una persona que proclama por los intereses de todos, es decir, el interés común.

De esta forma, a partir de las leyes 26.944 (de Responsabilidad del Estado) y 26.994 (Código Civil y de Comercio) es posible apreciar que la responsabilidad patrimonial del Estado goza de ciertas características, a saber: a) tiene reconocimiento legislativo expreso; b) cumple una función de garantía; c) está gobernada por normas y principios de Derecho Administrativo; d) en tanto Derecho Público

³¹³ Thomas, G. (2016).

local, su regulación es nacional o provincial, según corresponda; e) las normas de Derecho Privado que rigen la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica (artículos 1 de la Ley 26.944 y 1765 del Código Civil y de Comercio), y f) la analogía resulta improcedente en dos casos: a) cuando la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe.

Así, la Ley 26.944 tiene como finalidad regular una de las variables del Derecho Constitucional a no ser dañado, para lo cual, la normativa actual otorga respuestas a los problemas tradicionales del derecho de la responsabilidad estatal. En ese sentido sus líneas rectoras determinan que la responsabilidad del Estado: a) es objetiva (artículos 1, 3 y 4 de la Ley 26.944) y directa (artículo 1 y 6, de la Ley 26.944), no es subsidiaria del agente o funcionario; b) el derecho a la reparación nace frente a la actividad o inactividad (formal o material) ilegítimas de los órganos o entes estatales (artículo 3 de la ley de Responsabilidad del Estado), como también en relación con las actuaciones, formales y materiales, lícitas de aquellos, siempre que se acredite un sacrificio especial en aras del interés público (artículo 4, Ley N° 26.944); c) asume como clave de bóveda a los factores de atribución "falta de servicio" (artículo 3, letra d) y "sacrificio especial" (artículo 4, letra d); d) en el esquema sistemático de ordenación vigente la relación de causalidad (artículos 3, letra c, y 4, letra c) está llamada a cumplir una doble función. De un lado, conecta el hecho generador con el daño y, a la vez, fija las consecuencias indemnizables; e) de consiguiente, en la Ley 26.944 el régimen jurídico

de la relación de causalidad exhibe variaciones según la clase o tipo de factor de atribución aplicable, y f) sin embargo, sea que concurra el factor de atribución falta de servicio o sacrificio especial, en todos aquellos supuestos en que el hecho generador produzca una lesión sobre derechos humanos fundamentales indisponibles la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.

Por su parte, en Chile es la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia la que inicia la regulación de la responsabilidad del Estado mediante la aplicación, a los casos sometidos a su conocimiento, de las normas del Código Civil. Esta jurisprudencia, sin embargo, como destaca Pierry, "se vio considerablemente limitada en cuanto al campo de aplicación, debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, lo que se tradujo en que esa doctrina jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia"³¹⁴.

Actualmente, se insertaron en el Derecho chileno los criterios de falta de servicio y falta personal; en efecto, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado trata la responsabilidad extracontractual en su artículo cuarto, al referir que "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado"; por otro lado, en su artículo 44, consagra expresa y categóricamente que

³¹⁴ Pierry, Pedro (2016).

la Administración responde por falta de servicio, sin perjuicio de "repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

De esta manera, la Corte Suprema, en fallo de fecha 24 de marzo de 1981, en "Tirado con Municipalidad de la Reina", señaló en su considerando cuarto: "Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad o fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material".

La sentencia, en su considerando transcrito, no toma en cuenta para nada que el artículo 62 requería que el servicio no hubiere funcionado debiendo hacerlo o hubiere funcionado en forma deficiente, lo que evidentemente implica algo más que la mera causalidad material: implica la falta del servicio, la culpa del ente.

Cabe destacar entre la jurisprudencia trascendente de la Corte Suprema chilena los fallos pronunciados en las causas caratuladas "Aedo con Fisco", "Domic con Fisco" y "Pizani con Fisco", dictados con

fechas 27 de noviembre de 2000, 15 de mayo de 2002 y 15 de abril de 2003, respectivamente.

Entre las ideas fundamentales de tales fallos cabe destacar el que la responsabilidad del Estado es relativa a su función y no es más gravosa que la de los particulares, no es objetiva y prescribe.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por error judicial, en Argentina ha sido incorporada mediante el artículo 75, N° 22 de la Constitución Nacional³¹⁵, acogiendo así lo consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, en particular el artículo 10, dado que constituye norma internacional de jerarquía constitucional, y donde se

³¹⁵ Artículo 75: "Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

expresa claramente que es el Estado quien debe indemnizar a quienes hubieran sufrido daños y perjuicios que ocasionare el error judicial.

Así, en Argentina, el denominado "juicio de responsabilidad civil por error judicial" no encuentra una regulación específica a nivel legal, mas a nivel provincial se ha regulado específicamente el proceso de ese tipo, conforme hemos revisado.

La trascendencia de las funciones que la ley encomienda al Ministerio Público Fiscal de la Nación en el nuevo proceso penal federal y la posibilidad de que en el desempeño de su actividad realice actos que priven, restrinjan o perturben el ejercicio de derechos fundamentales, aunque para ello se requiera autorización judicial previa, hacen indispensable regular la responsabilidad correlativa, al menos sobre la base de la propuesta que se da en el presente trabajo, como forma de crear seguridad jurídica. Así, más allá de los criterios o supuestos dados en los que el Ministerio Público Fiscal puede realizar actuaciones injustificadamente erróneas o arbitrarias del procedimiento (oportunidad, autodenuncia, actividades de investigación, exámenes corporales, formalización, prisión preventiva, o sentencia absolutoria), puede estimarse que cada vez que se incumpla la norma legal que establece la protección de derechos y garantías dentro del proceso penal pudiese acarrear responsabilidad, lo que deberá ser siempre ponderado a la luz del sacrificio de las mismas en el caso concreto. Detenciones extemporáneas o ilegales, obtención de evidencias ilícitas, dictación de resoluciones judiciales fundadas en el actuar negligente o doloso del ente persecutor, infracciones a la obligación de resguardo de los antecedentes de la

investigación, la generación de investigaciones falsas para procurarse evidencias que sustenten la persecución en otras causas, la nula práctica de diligencias mínimas y esenciales para el éxito de la investigación penal, en fin, la experiencia chilena sigue en ello al debe; al menos proponemos la regla de que cada vez de que se vulneren los derechos y garantías establecidos por el legislador y ello es consecuencia del actuar erróneo o arbitrario del fiscal deberá generar la reparación del daño causado, de cualquier índole y sin necesidad de declaración judicial previa.

BIBLIOGRAFÍA

Aberastury, Pedro (2014). *La Nueva Ley de Responsabilidad del Estado* - 26.944. Recuperado de <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1975a), sesión 118, celebrada el día 6 de mayo de 1975 (online). Recuperado de http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1975b), sesión 119, celebrada el día 8 de mayo de 1975 (online) Recuperado de http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1975c), sesión 122, celebrada el día 20 de mayo de 1975 (online). Recuperado de http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf

Alcalde Rodríguez, Enrique (2013). El error de derecho como causal eximente de la responsabilidad extracontractual. *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, Año XIV, N° 28, pp. 235-259.

Álvarez, Javier (2014). El nuevo Código Procesal Penal de la Nación: los cambios y los principales desafíos que se avecinan, Ed.

Microjuris, Argentina. Recuperado de
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2014/12/18/el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-los-cambios-y-los-principales-desafios-que-se-avecinan/>

Bachmaier Winter, L.: (2008). "Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal", en *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, p. 12.

Balbin, Carlos (2019). La responsabilidad del Estado. Los deficits de la ley 26944. *Temas de derecho administrativo*, Año 1, N° 10, ErreIus, pp. 59-76.

Barahona, Claudio; Cerón, Roberto y Perotti, Felipe (2010). *El Ministerio Público y el Fiscal en Chile*. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126926/el->

[ministerio-publico-y-el-fiscal-en-Chile-notas-para-el-estudio-de-su-historia-institucional.pdf?sequence=1](#)

Barros Bourie, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bee Sellares, Marcelo (2019). Responsabilidad del Estado por actividad judicial. *LA LEY*, Volumen 11/09/2019, p. 1; *LA LEY*, Volumen 2019-E, p. 545; *RC y S*, Volumen 2020-I.

Berizonce, Roberto (1967). La nulidad en el proceso. El dolo procesal. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata: Editorial Platense.

Bidart Campos, Germán (1995), *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1994, Buenos Aires: Ediar.

Boletín N° 1943-07 (1997). Primer Trámite Constitucional, Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley orgánica constitucional del Ministerio Público, 8 de abril 1997 (online) Recuperado de <http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo norma=XX1&nro ley=19640&anio=2014>

Boletín N° 2.152-07-01 (1999). Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece la Ley Orgánica del Ministerio Público, 20 de julio de 1999 (online) Recuperado de

http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19640&anio=2014

Bollero, Julieta y Peralta, Larisa (2016). *Evolución de la Responsabilidad del Estado en la República Argentina*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/julieta-bollero-hauser-evolucion-responsabilidad-estado-republica-argentina-dacf160632-2016-11-24/123456789-0abc-defq2360-61fcanirtcod?&o=1&f=Total%7CFecha/2016/11%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5>

Bustamante Alsina, Jorge (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

Bustelo, Ernesto (2004). Materia procesal administrativa: dilemas que origina su correcta determinación. *Estudios de Derecho*

Administrativo X - El proceso administrativo en la República Argentina. Mendoza: Editorial Diké.

Bujosa Vadell, L. M. (2016). Efectividad del sistema penal acusatorio para la seguridad democrática, *II Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio*, Bogotá. p. 16.

Caldera Delgado, Hugo (1982). *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cassagne, Juan Carlos (1991). *Derecho administrativo, Tomo I*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cassagne, Juan Carlos (2002). El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites, *LA LEY*, 2002-A.

Cea Egaña, José Luis (2000). El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica. *Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, pp. 199-203.

Comadira, Julio (2003). *El acto administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Decreto 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Promulgada: 17 de

septiembre de 2005. Recuperado de 260
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

DFL 1, Año 2000, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Promulgada: 16 de mayo de 2000. Recuperado de
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Donna, Edgardo y Aboso, Gustavo (2000). Aspectos penales y civiles de la responsabilidad de los magistrados por error judicial. *Revista de Derecho de Daños*, Nro.9, Santa Fe: Rubinzal.

Dörn Garrido, Carlos (2005). Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actos del Ministerio Público. *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N° 13, pp. 13-26.

Ducci Claro, Carlos (1989). *Interpretación Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ekmekdjian, Miguel Angel (1999). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Enteiche, Nicolás (2011). El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la

evolución jurisprudencial (1999–2010). *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, N° 23, enero 2011.

Fernández González, Miguel Ángel (2006). *La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución*. Chile: Editorial LexisNexis.

Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

Gallo Quintián, Federico (2003). *Responsabilidad por error judicial*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf030015-gallo-quintian-responsabilidad-por-error-judicial.htm>

García Mendoza, Hernán (1997). *La responsabilidad extracontractual del Estado: indemnización del error judicial*. Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

Guthmann, Yanina (2019). El Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina: actores y prácticas. Apuntes de investigación. *Revista Argentina de Ciencia Política*, Vol. 1, Núm. 23.

Hernández Emparanza, Domingo (1999). Error Judicial: Ensayo de interpretación constitucional. *Revista Ius et Praxis (Universidad de Talca)*, Vol. 5 N° 1: pp. 461-472.

Herrero, Luis (2019). El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 – Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad

- Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso. *Revista del Ministerio Público Fiscal*.

Iberlucía, Emilio. La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o a la revocación de la prisión preventiva. *El Derecho*, pp. 176-755.

Illuminati, G.: (2008) El sistema acusatorio en Italia, en BACHMAIER WINTER, L. (coord.): *Proceso penal y sistemas...*, op. cit., pp. 137 y 138.

Ley 9.0001, Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Promulgado: 12 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/9001-local-mendoza-codigo-procesal-civil-comercial-tributario-provincia-mendoza-lpm0009001-2017-08-30/123456789-0abc-defg-100-9000mvorpyel>

Ley 19.640, Año 1999, Establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Promulgada: 08 de octubre de 1999. Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=145437&idParte=8642861&idVersion=2018-09-06>

Ley 24.430, Año 1994, Constitución de la Nación Argentina. Promulgada: 03 de enero de 1995. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.944, Año 2014, Responsabilidad estatal. Promulgada: 7 de agosto de 2014. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000->

[234999/233216/norma.htm#:~:text=Ley%3A,Estado%20es%20obje](#)
[tiva%20y%20directa.](#)

Ley 26.994, Año 2014, Código Civil y Comercial Argentino.
Promulgada: 7 de octubre de 2014. Recuperado de
[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm)
[239999/235975/norma.htm](#)

Ley 27.063, Año 2014, Aprueba el Código Procesal Penal.
Promulgado: 09 de diciembre de 2014. Recuperado de
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10947.pdf>

Ley 27.148, Año 2018, Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Promulgado: 17 de junio de 2015. Recuperado de
[https://www.mpf.gob.ar/wp-](https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley_organica_2018.pdf)
[content/uploads/2018/08/Ley_organica_2018.pdf](#)

Ley 27.150, Año 2015, Ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación. Promulgada: 17 de junio de 2015.

Recuperado de <https://inecip.org/wp-content/uploads/Ley-27150-Implementaci%C3%B3n-del-CPPN.pdf>

Llambías, Jorge (1980). *Tratado de Derecho Civil, Tomo IV*, Buenos Aires: Perrot.

Maier, Julio (2004) *Derecho Procesal Penal II. Parte General. Sujetos Procesales*. Editores El Puerto, p. 309.

Maiorano, Jorge (1984). Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos. *Revista La Ley*, tomo 1984-D, pp. 983 y ss.

Masnatta, Héctor (1994). *Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución*. Argentina: La Ley.

Mensaje N° 98-334, de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público (1996), 15 de noviembre, 1996 (online), recuperado de

http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19.640&anio=2014

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/que-es-el-mpf/>

Morello, Augusto Mario (1981). "La profesión de abogado", Ponencia a la IX Conferencia Nacional de Abogados de San Francisco (Pcia. de Córdoba), 3 al 7 de octubre de 1979.

Morello, Augusto Mario y Berizonce, Roberto (1981). *Abogacía y colegiación*. Buenos Aires: Hammurabi.

Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel (2016). *Error Judicial, tomo VII*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Mundaca, Hans (2001). *La Responsabilidad del Estado por falta de servicio*, Chile: Editorial Libromar Ltda.

Natale, Alberto (1995). *Comentario sobre la Constitución. La Reforma de 1994*. Buenos Aires: Depalma.

Orgaz, Alfredo (1970). *La Culpa*. Buenos Aires: Editorial Lerner.

Otero Lathrop, Miguel (2002). *El Ministerio Público*. Chile: Editorial Lexis Nexis.

Pastor, R. Daniel (2004) Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de duración del Proceso Penal. Revista de Estudios de la Justicia Nº 4. Recuperado de

http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf

Paillet, Michel (2001). *La responsabilidad administrativa* [título original: La responsabilité administrative, Trad. de Jesús María Carrillo Ballesteros]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Paolini, Jorge Omar (2000). *El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios*. Buenos Aires: La Ley

Parellada, Carlos (2014). *Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944*. Recuperado de <https://www.parellada.com.ar/uploads/files/algunas-inquietudes-que-suscita-la-ley-26944.docx>

Pérez Hualde, Alejandro Emili, Eduardo; Bustelo, Ernesto; Lara, Andrea; Boullade, Gustavo y Rodríguez, Isabelino (2006). *Servicios Públicos y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

Pérez Hualde, Alejandro (2013). Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5645579.pdf>

Pérez Hualde, Alejandro (2015). Consideraciones Constitucionales sobre la regulación de su responsabilidad por los

Estados provinciales (en especial el caso de Mendoza). *La Ley Gran Cuyo*, tomo 20, nro. 9. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Perrino, Pablo (2015). La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos, diario del 31 de marzo de 2015, La Ley.

Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio (1984). *El proceso atípico*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.

Pierry Arrau, Pedro (2002). La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, Vol. 1, Nº 1.

Pierry Arrau, Pedro (2016). La responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Ciencias Jurídicas Valparaíso y Anuario de Derecho Administrativo Nº 1*. Santiago: Universidad de Chile.

Podetti, Ramiro (1955). *Tratado de actos procesales*. Buenos Aires: Ediar.

Pretch Pizarro, Jorge (2004). Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente. *Estudios Constitucionales (Universidad de Talca)*, Vol. 2, Nº 1: pp. 175-180.

Quiroga Lavie, Humberto (1994a). *Estudio Analítico de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Quiroga Lavie, Humberto (1994b). *Nuevos Órganos de control en la Constitución, en La reforma de la Constitución*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Quiroga Lavie, Humberto (2012), *Constitución de la nación Argentina Comentada*. Argentina: Zavalia.

Reiriz, María Graciela (1996). Responsabilidad del Estado. *El derecho administrativo argentino*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración.

Responsabilidad del Estado por sus faltas de servicio (2005), obra colectiva *Estudios de Derecho Administrativo XII – Jornadas sobre Responsabilidad del Estado en homenaje a Osvaldo Pritz*. Mendoza: Editorial Diké, pp. 33 y ss.

Ricci, Milena (2007). El sistema acusatorio en la estructura federal. *Estudio sobre la reforma procesal penal en Argentina*, p. 14. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5349/ReformaprocesalpenalenArgentina_MRICCI.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Ried Undurraga, Ignacio (2017). La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del

ministerio público en el proceso penal. *Revista de la Justicia Penal*, N° 7.

Roca de Estrada, Patricia (2001). El Ministerio Público Fiscal. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca010048-roca-de-estrada-ministerio-publico-fiscal.htm>

Rodríguez, Pablo (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez, Pablo (2009). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Roxin, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*, 25ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sagües, Nestor (1995). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Astrea.

Sammartino, Patricio (2016). Responsabilidad del Estado: Características Generales del Sistema Legal Vigente. *El control de la garantía Estatal*, UBA Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.

Silva Bascuñán, Alejandro (2002). *Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Tomo VIII, segunda edición*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Soto Kloss, Eduardo (1997). La Nulidad de Derecho Público: Su actualidad. *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de*

Valparaíso) [online]. Recuperado de 270
<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/376/351>

Soto Kloss, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*. Chile: Legal Publishing.

Szczaranski, Clara (2003). Responsabilidad Extracontractual del Estado. *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, Vol. 8.

Thomas, Gustavo (2016). *Responsabilidad del Estado*. Argentina: Editorial Nova Tesis.

Trigo Represas, Félix (2014). Responsabilidad por daños causados por la actividad lícita del Estado: *Revista Anales de Legislación Argentina*, 2014-25, 3.

Vera Lamas, Rodrigo (2018). De la Falta de Inocencia de la Formalización de la Investigación. *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, Año XVIII, Nº30.

Vodanovic, Natalio (2005). Comentario de jurisprudencia: Aspectos de las indemnizaciones por error judicial y por conductas erróneas del Ministerio Público, con el nuevo sistema procesal penal.

Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado), Vol. 13: p. 209-214.

Wigg Sotomayor, Isabel (2015). *Responsabilidad del Estado por las actuaciones del Ministerio Público*. Chile: El Jurista.

Zúñiga Urbina, Francisco (2008). La acción de indemnización por error judicial. Reforma Constitucional. Regulación Infraconstitucional y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, Vol. 2.