

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Carlos Dorn Garrido*

I. ALCANCES PREVIOS

El Derecho Administrativo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, sufrió una gran revolución producto del denominado “*arrêt*” Blanco del Tribunal de Conflictos de 1873, en virtud del cual no solamente se reconoce la vigencia del principio de responsabilidad del Estado sino que, además, se afirma que ella se basa en principios diversos a los del Derecho Civil. Dicho precedente judicial marcó un cambio en la forma de entender el poder del Estado, transformación que se vio reforzada tras los horrendos acontecimientos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, fenómeno histórico que altera, definitivamente, la forma de concebir el poder y su relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este orden de ideas, el principio de responsabilidad del Estado viene a constituir uno de los elementos estructurantes de la noción de Estado de Derecho. En efecto, la noción de Estado de Derecho evoca la idea de **sometimiento al bloque de legalidad**, por parte de todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad civil y política incluyendo, naturalmente, a los órganos del Estado; entonces, concordaremos que tal instituto cobra sentido en la medida

* CARLOS DORN GARRIDO. Abogado del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y Profesor de la cátedra de Responsabilidad Extracontractual del Estado de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Viña del Mar.

que forme parte de él la noción de responsabilidad por infracción al mandato de sujeción al Derecho.

El principio de responsabilidad consiste en el establecimiento de un estatuto normativo que asigne **consecuencias jurídicas** de diversa índole para quien transgreda el mandato imperativo de sometimiento al Derecho. De tal modo que, si el ordenamiento jurídico no contemplase consecuencia jurídica alguna por la infracción del mismo, entonces, carecería de absoluta vigencia la noción de Estado de Derecho, toda vez que quedaría a la buena voluntad de los sujetos y órganos del Estado el cumplimiento de las reglas de derecho que componen el bloque de legalidad.

Por lo tanto, y de acuerdo con lo anterior no resulta posible entender, en cuanto a contenido, Estado de Derecho como mero sometimiento al bloque de legalidad si, además, a ella no se le integra el concepto de responsabilidad.

Es por estas razones y, fundamentalmente, al aporte que significa la inclusión del principio de responsabilidad del Estado en los sistemas jurídicos de raigambre occidental, el motivo por el cual escogí esta oportunidad para exponer algunas ideas acerca del sentido y alcance del principio de responsabilidad del Estado respecto de los actos del Ministerio Público, en especial las problemáticas y oscuridades que surgen del estudio del artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público –LOCMP– cuando se la interpreta a la luz de la dinámica propia del sistema procesal penal de corte acusatorio vigente en el país.

II. ESTADO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR MAL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL

a. Preliminares

Con el advenimiento y vigencia en todo el país de un sistema procesal penal de corte acusatorio, se produjo un desajuste y desarmonización del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial cuya piedra angular descansaba en la **letra i) N° 7 del artículo 19** de la Carta Fundamental (CPE).

El sistema procesal penal vigente supuso la creación de un órgano constitucional y autónomo encargado de la función persecu-

toria criminal denominado **Ministerio Público**, situación que alteró por completo el sentido y alcance del precepto constitucional sobre error judicial, según se explica en un artículo anterior de este autor¹. Sin embargo, escasas aún han sido las reflexiones que la doctrina nacional ha hecho al precepto legal que sienta el régimen normativo de responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del Ministerio Público, constituyendo esa ausencia la razón fundamental para decidir la redacción de la presente ponencia.

b. Régimen Legal de Responsabilidad del Ministerio Público

La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (LOC-MP) desarrolla el principio de responsabilidad de los órganos del Estado, contenido en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado, en su artículo 5º 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”.

La norma en cuestión aparentemente es clara pero, sin embargo, de ella dimanar una serie de oscuridades a la hora de insertarla dentro de la dinámica propia del sistema procesal penal y que influyen directamente en la extensión del régimen legal de responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del Ministerio Público, que a saber son las siguientes:

1. Garantías constitucionales tuteladas por el precepto legal

La pregunta es pertinente porque el constituyente al establecer el régimen de responsabilidad por error judicial en materia penal se inclinó por tutelar una garantía constitucional en especial: la **libertad personal**.

¹ Dorn Garrido, Carlos. “Revisión de la acción indemnizatoria por error judicial a la luz del sistema acusatorio”. *Semana jurídica* N° 223, 14 al 20 de febrero del 2005, págs. 15-16.

Sin embargo, el legislador no entrega criterio orientador alguno acerca de la garantía constitucional amparada por el artículo 5° de la LOCMP, ante lo que pareciera ser que, a diferencia de la regla constitucional, en el caso de los actos del Ministerio Público, la protección abarcaría, entonces, una variada gama de derechos o garantías individuales que, por cierto, excederían la mera libertad personal incluyendo a la propiedad privada, la honra, la inviolabilidad del hogar, la integridad física y/o psíquica, etc.

Relacionado con lo anterior, cabe preguntarse lo siguiente *¿el Ministerio Público puede afectar garantías constitucionales?*, esta interrogante es relevante puesto que la responsabilidad del Estado necesariamente estará ligada al daño causado a un sujeto producto de su afectación a sus derechos. En principio, el Ministerio Público solamente puede adoptar diligencias intrusivas, en la medida que previamente cuente con autorización del juez de garantía (art. 9° del Código Procesal Penal) salvo los casos de delitos flagrantes. Ahora bien, si por regla general el órgano persecutor requiere de autorización judicial para ordenar la práctica de diligencias que afecten garantías individuales de un imputado o tercero, entonces, *¿cómo puede imputarse responsabilidad al Ministerio Público si en el daño media un acto jurisdiccional?*

La respuesta a la pregunta anterior se encuentra en los principios que informan la dinámica, particular, del sistema de corte acusatorio. En efecto, el sistema procesal penal vigente en el país supuso la depuración de la función jurisdiccional encomendando a los tribunales con competencia en lo penal la tarea de fallar —**declarar el derecho**— entregando la función de investigación a un órgano nuevo denominado Ministerio Público. Este cambio introdujo una modificación radical en la vinculación del órgano jurisdiccional con los hechos materia de la investigación, toda vez que en el sistema inquisitivo el juez del crimen tenía una relación íntima, directa e inmediata con los hechos objeto del sumario lo cual determinaba su completa impregnación con los múltiples detalles y particularidades del caso quedando, por tanto, sometido a un **standard de responsabilidad mayor** ante eventuales yerros. Sin embargo, con el advenimiento del sistema acusatorio el órgano jurisdiccional formará su convicción acerca de los hechos materia de la investigación a través de los antecedentes que el Ministerio Público decida proporcionar y, por ende, las decisiones que adopte el tribunal estarán influidas por la actuación del Ministerio Público, situación que determina que el

estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento del sistema procesal penal quede centrado en la actuación del órgano persecutor salvo casos de manifiesta negligencia del tribunal de garantía o en lo penal representados por decisiones jurisdiccionales basadas en antecedentes frágiles o cuestionables a la luz de la aplicación de los principios mínimos de la lógica y de las máximas de la experiencia, en cuyo caso podríamos hablar de un cúmulo de responsabilidades del Ministerio Público y del tribunal con competencia en lo penal.

2. *Idoneidad de la afectación a la garantía constitucional*

Bajo este epígrafe deseo exponer la siguiente problemática: *¿cualquier grado de afectación a un derecho o garantía será idóneo para activar la responsabilidad patrimonial del Estado?* La pregunta surge ante la falta de un criterio orientador a diferencia, también, de lo que ocurrió con la redacción del precepto constitucional sobre error judicial, en el cual resulta evidente que el constituyente consideró a la **privación de la libertad personal** como afectación lo suficientemente idónea para activar la responsabilidad patrimonial del Estado, descartándose las meras perturbaciones o molestias como, por ejemplo, ocurre con la citación o con la detención, la cual tiene un plazo acotado de duración en la Constitución y la ley.

Una aproximación a la interrogante debiese comenzar por considerar el **artículo 80 A de la Constitución Política** y el **artículo 1° de la LOCMP**. Ambos preceptos destacan la **autonomía** como rasgo fundamental del Ministerio Público. La razón de ello se debe a que el constituyente comprendió que el ejercicio oportuno y efectivo de la función persecutoria requiere asegurar un estatuto protector que colocase al Ministerio Público a salvo de las presiones externas que, naturalmente, supone el ejercicio de una función tan intensa como el sostenimiento de la acción penal pública.

Ahora bien, en este orden de ideas es necesario reconocer que la autonomía constitucional del Ministerio Público juega coordinadamente con el **principio de legalidad o de interdicción de la arbitrariedad** y, por ende, con el de **responsabilidad**. En consecuencia, el régimen de responsabilidad del Ministerio Público constituye un *límite a su autonomía constitucional de acción* y, a la vez, una excepción a la misma, toda vez que a través de la vigen-

cia del principio de responsabilidad los órganos jurisdiccionales podrán revisar la actuación del órgano persecutor e incluso dicha conducta será enjuiciada valóricamente como error injustificado o arbitraria.

En consecuencia, el criterio de intensidad de la afección a la garantía constitucional debería considerar un **elemento realista**, y es que para que el órgano persecutor actúe adecuadamente necesita contar con un ámbito de libertad que le asegure que *no cualquiera acción dará lugar a la reparación patrimonial del Estado*, pues, de lo contrario, se menoscaba la autonomía del órgano persecutor, inhibiéndolo del ejercicio de su cometido constitucional.

Así, la revisión judicial de la actividad del Ministerio Público al constituir una excepción a la autonomía determina que ella deba ser interpretada restrictivamente en el sentido de asegurar dicho espacio mínimo de acción requerido para el cumplimiento de los objetivos y fines encomendados por la Carta Fundamental.

En este sentido, cobra importancia lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal del cual se desprende que el Ministerio Público, previa autorización judicial, puede adoptar diligencias que supongan **privación, restricción o perturbación** del ejercicio de las garantías o derechos asegurados por la Constitución. Es decir, las órbitas de afección reconocidas por la ley son tres: **privación, restricción y perturbación**. 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 tal cual como lo hace el legislador, en materia de nulidad procesal, en el artículo 160 del Código Procesal Penal que dispone: "*Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República*".

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 5° de la LOCMP **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**.

3. *Factor de atribución de responsabilidad del Estado por actos del Ministerio Público*

El artículo 5° de la LOCMP reproduce, en los mismos términos que la letra i) del N° 7 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el factor atributivo de responsabilidad: “**error injustificado o arbitrariedad**”.

La primera reflexión que cabe realizar es: *¿la ley contempla una o dos causales de responsabilidad? o ¿error injustificado equivale a arbitrariedad?* Esta interrogante no ha sido debidamente desarrollada a nivel de jurisprudencia de la **Excma. Corte Suprema** cuando ha debido examinar la admisibilidad de las acciones indemnizatorias por error judicial puesto que, usualmente, ha interpretado el precepto constitucional como una sola causal de imputación haciendo sinónimas ambas expresiones. Empero, creo que entre ellas puede sentarse una diferencia, desde el punto de vista de su contenido e intensidad, toda vez que 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.

Sin embargo, lo relevante del precepto legal, además de la distinción antes mencionada, radica en el hecho que el legislador, al igual como lo hizo en materia de error judicial, reconoce la circunstancia natural de que en el curso de una investigación criminal se puedan cometer errores, es más, acepta que ciertos yerros deban ser soportados por los intervinientes, ello con el fin de cautelar el normal funcionamiento del órgano persecutor y su autonomía; sin embargo, a la vez, estima que 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.

No obstante lo anterior, la pregunta fundamental es la siguiente *¿cómo juegan ambos conceptos dentro de la dinámica del sistema*

procesal penal acusatorio?, o, ¿ *cómo se construye la magnitud de dicho margen legal de tolerancia?*, para responder a dicha interrogante se hace necesario recordar que el artículo 5° de la LOCMP, concordante con los artículos 6° y 7° de la CPE que recogen el **principio de responsabilidad por los actos ilícitos de los órganos de Estado**, constituye una excepción a la autonomía constitucional del Ministerio Público (art. 80 A CPE), pues se erige como una instancia de revisión judicial de la actuación del ente persecutor y, como tal, debe ser **interpretada restrictivamente**.

La magnitud del parámetro de responsabilidad del Estado por los actos del Ministerio Público estaría representada por aquellas *actuaciones francamente temerarias o arbitrarias*, tal como lo pareciera insinuar el **inciso final del artículo 232 del C.P.P.**, no bastando el mero yerro, sino que debe tratarse de *actuaciones decretadas por el Ministerio Público que carezcan de un vínculo mínimo de lógica y racionalidad dentro del contexto de los antecedentes que obran en la investigación*, criterio que debe amoldarse a la información que el fiscal dispone, en un momento dado, para adoptar una decisión, por lo que si, en aquel momento y con dichos antecedentes, parecía lógico y racional adoptar la determinación cuestionada, entonces dicha acción queda cubierta por el umbral de tolerancia del artículo 5° de la LOCMP, sobre todo cuando se está en el inicio de una investigación, pues el fiscal deberá actuar sobre la base de sospechas o indicios quedando expuesto a una **equivocación razonable o justificada**, de manera que el umbral de tolerancia es un concepto elástico lejos de ser una construcción rígida carente de contenido.

De acuerdo con lo anterior, se podría señalar que el gran criterio orientador para sentar la magnitud del margen legal de tolerancia vendrá dado por la vigencia de la **garantía del debido proceso** dentro de una investigación del Ministerio Público, según lo dispone el inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental:

“La Constitución asegura a todas las personas: Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Ahora bien, los presupuestos de racionalidad y justicia sobre los cuales el legislador pretende encausar la actividad del Ministerio Público se orientan a que el curso de la investigación siga un solo

derrotero: la averiguación y establecimiento de la verdad material de los hechos objeto de la investigación; mandato que se traduce en la vigencia del **principio de objetividad** consagrado en el artículo 3º de la LOCMP en los términos siguientes:

“En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

Es decir, aquellas actuaciones del Ministerio Público que se aparten manifiestamente de su objetivo final –verdad material– constituirán situaciones enmarcables dentro de los factores atributivos de responsabilidad. Pero, además, el ordenamiento procesal penal exige que la conducción de la investigación se haga sobre bases que aseguren a los intervinientes, en especial al imputado, el debido ejercicio de sus derechos y garantías individuales.

De acuerdo con lo anterior, podría concluirse que las actuaciones del Ministerio Público quebrantarán el margen legal de tolerancia en dos hipótesis:

a.- Conducción de una investigación con absoluta prescindencia del respeto y vigencia de las garantías individuales de los intervinientes y terceros afectados con la misma.

Sin embargo, en este punto habría que señalar que esta situación se encontraría reservada para aquellos casos en que la vulneración resulta patente y evidente, pudiendo cualquiera mente normal haberse representado que, si se obra de la manera reprochada, se conculcaría el ejercicio de una garantía constitucional.

La acotación anterior se hace porque pueden darse situaciones en que lo discutido sea la concurrencia de los presupuestos de hecho que autorizaban actuar sin previa autorización judicial como es el caso de los delitos flagrantes. De manera que, tratándose de casos dudosos respecto de la interpretación de la norma legal de flagrancia, mal podría hablarse de una decidida actitud de infringir la garantía del debido proceso sino que, por el contrario, se estaría frente a un **error excusable**.

b.-Realización de diligencias que infligen un perjuicio evidente a un interviniente o tercero, con apego a las formalidades legales, pero que sin embargo carecen del más mínimo vínculo de lógica y racionalidad a la luz de los antecedentes que obran en la investigación.

Hace un momento atrás dijimos que, en principio, cualquiera actuación del Ministerio Público que se aparte manifiestamente de su finalidad –verdad material– activaría el régimen de responsabilidad del artículo 5° de la LOCMP.

Ahora bien, esta hipótesis supone analizarla con un criterio contextualizador, en el sentido que la procedencia o racionalidad de la diligencia debe estudiarse a la luz de los antecedentes que el fiscal posea a la hora de adoptar la decisión. En consecuencia, tratándose de investigaciones que se encuentran en sus albores la posibilidad de cometer errores en cuanto a las diligencias que se adopten serán mayores atendida la precariedad de antecedentes con los que se cuenta en dicha etapa debiendo obrarse, en muchos casos, en base a verdaderas sospechas o indicios. Empero, en la medida que en la investigación se hayan reunido mayores antecedentes, entonces, el análisis acerca de la racionalidad de las decisiones adoptadas por el órgano persecutor, en el contexto de la investigación, quedará sujeto a un escrutinio más riguroso según el mérito de los antecedentes presentes y allegados en la investigación.

Esta última idea es básica porque le imprime un carácter subjetivo al régimen de responsabilidad contemplado en el **inciso 1° del artículo 5° de la LOCMP**. No podría calificarse de error injustificado o de arbitraria aquella actuación que resulta ser una consecuencia lógica y natural del mérito de los antecedentes reunidos en la investigación **salvo que la investigación adolezca de manifiesta precariedad** en el sentido de haberse omitido diligencias evidentes para el esclarecimiento de los hechos y que, de acuerdo al estado de avance de la ciencia criminalística y recursos disponibles, eran posibles de haber sido decretadas, y que de haberse hecho habrían determinado un curso de acción distinto al de la acción objetada.

En último término, podría concluirse que los factores atributivos de responsabilidad –**error injustificado** o **arbitrariedad**– están dominados por situaciones del evidente e inaceptable mal funcionamiento del órgano persecutor, es decir, no cualquier anormal funcionamiento del Ministerio Público dará pábulo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado; y, por tanto,

también, puede colegirse que la responsabilidad extracontractual del Ministerio Público es de naturaleza subjetiva *debiendo concurrir culpa del servicio*.

4. *Acción de repetición contra el fiscal o funcionario del Ministerio Público*

El inciso final del artículo 5° de la LOCMP señala:

*"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".*

Este inciso merece los comentarios siguientes:

- I. Llama la atención que situándonos dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, el legislador insinúe la aplicación del sistema de gradación de la culpa contemplado en el **artículo 44 del Código Civil**, en circunstancias que la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que en este tipo de responsabilidades existe una sola noción de culpa, siendo inaplicable dicha clasificación civilista que es propia de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, la explicación de ello se encuentra en el hecho que el legislador hizo eco de las críticas planteadas por algunos juristas acerca de la confusión en la que incurren los magistrados a la hora de manejar los conceptos de falta de servicio y falta personal. Es por ello que el legislador decidió emplear una fórmula legal que resultase más cotidiana para el vocabulario jurídico de los jueces chilenos, sin perjuicio de recordar que no necesariamente la culpa grave o dolo se asemeja a la falta personal.

Es decir, el legislador al momento de redactar el precepto legal en comento tuvo presente, entonces, la construcción francesa de responsabilidad extracontractual del Estado fundada en la falta de servicio y la falta personal.

- II. Relacionado estrechamente con lo anterior, si el legislador entendió presentes los conceptos de falta de servicio y falta personal, resulta necesario analizar el inciso 1° del artículo 5° en lo que se refiere a los factores atributivos de responsabilidad

—error injustificado o arbitrariedad— a la luz de la doctrina del Consejo de Estado Francés.

En este sentido, cabe recordar que **falta de servicio** dice relación con el anormal funcionamiento del órgano del Estado sea porque no actuó, lo hizo pero tardíamente o actuó pero equivocadamente, generando en todos estos casos un daño a un sujeto; y, por otra parte, la **falta personal** dice relación con el daño causado por un funcionario público mediando una separación, sea material o psicológica, del servicio. La importancia de la distinción anterior radica en el hecho que el Estado siempre responderá ante la víctima, sin embargo, tratándose de la falta personal el Estado tendrá acción para repetir en contra del agente público responsable del daño.

Ahora bien, la pregunta que, naturalmente, cabe efectuarse es *¿en qué categoría de faltas corresponde subsumir los factores atributivos de responsabilidad consagrados en el artículo 5° de la LOCMP?*, la pregunta cobra importancia porque pareciera ser que, a primera vista, resulta difícil trazar una línea divisoria de aguas entre los **incisos 1° y 3° del artículo 5° de la LOCMP**, en el sentido que los factores atributivos de responsabilidad aluden a situaciones de suma gravedad que, en principio, se asimilarían a las categorías de culpa grave o dolo empleadas por el legislador. Si ello fuese así hubiese bastado para el legislador ligar, directamente, la acción de repetición al error injustificado o a la arbitrariedad. De manera que si así no lo hizo, entonces, es dable presumir que el legislador entiende que es posible distinguir un matiz de gravedad e intensidad entre el error injustificado o arbitrariedad y la culpa grave o dolo. Preliminarmente digamos que respecto de la arbitrariedad resulta imposible establecer grados de magnitud, pues la esencia de la misma —irracionalidad— impide un ejercicio intelectual de tal índole. En consecuencia, el problema habría que restringirlo en el concepto de error injustificado.

De acuerdo con lo anterior, la problemática debe concentrarse en la extensión que, en cuanto a su magnitud, cabe darle al factor atributivo de responsabilidad consistente en **error injustificado**, pues no cabe la menor duda que el actuar arbitrario representa una concreta separación psicológica del servicio concretándose, en dicho caso, la noción de falta personal.

El concepto de error injustificado, si bien alude a un error craso, grotesco o absurdo; el hecho que en él no concurra *mala fe*, determina que, en tales situaciones, deba analizarse casuísticamente

la gravedad de la inexcusabilidad de la negligencia procediendo a una adecuada aquilatación de la misma. Es decir, en el caso del error injustificado podría detectarse un pequeño espectro de gravedad para los efectos de aplicar el inciso 3° del precepto en cuestión, por ejemplo el error injustificado que tenga origen en el **notorio desconocimiento del derecho o de grave negligencia en el desempeño de las funciones** constituiría una hipótesis de error injustificado de tal gravedad que ameritaría su asimilación a la especial forma de falta personal contemplada por el legislador, según se desprende del artículo 50 del Código Procesal Penal, a propósito de las costas, que dispone:

“Los fiscales, los abogados y los mandatarios de los intervinientes en el procedimiento no podrán ser condenados personalmente al pago de las costas, salvo casos de notorio desconocimiento del derecho o de grave negligencia en el desempeño de sus funciones, en los cuales se les podrá imponer, por resolución fundada, el pago total o parcial de las costas”.

Este problema interpretativo genera una cuestión práctica de gran relevancia, y es que si cada vez que se hiciera efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por conductas del Ministerio Público hubiese lugar para repetir en contra del fiscal, entonces, se menoscabaría fuertemente la autonomía constitucional del órgano persecutor generándose fuertes incentivos a omitir antes que actuar debilitándose la respuesta del Estado frente al fenómeno criminológico.

III. CONCLUSIÓN

En este trabajo he tratado de abordar las principales problemáticas que surgen del artículo 5° de la LOCMP y, como podrá apreciarse, la vigencia del principio de responsabilidad del Estado por los actos del Ministerio Público trae consigo una serie de oscuridades interpretativas atendida la precariedad del desarrollo legislativo del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 5° de la LOCMP.

En ese sentido, el estudio y decisión de los problemas manifestados en la presente ponencia generan consecuencias directas en

la dinámica del sistema procesal penal, fundamentalmente, en lo que dice relación con el motor del mismo –órgano persecutor– puesto que una aplicación extensiva del artículo 5° de la LOCMP repercute directamente en la finalidad constitucional del Ministerio Público transformándose en un mecanismo indirecto de control jurisdiccional minando la autonomía constitucional reconocida a este organismo por el artículo 80 A de la CPE*.

* Ver la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 29 de abril de 2005, en la causa “Catalán con Fisco”, rol N° 162-2005; y el comentario de jurisprudencia “Aspectos de las Indemnizaciones por error judicial y por conductas erróneas del Ministerio Público, con el Nuevo Sistema Procesal Penal”, escrito por Natalio Vodanovic Schnake, Abogado Procurador Fiscal de Valdivia, ambos publicados en esta revista.