

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

PRISIÓN PREVENTIVA SIN CONDENA POSTERIOR

RESARCIMIENTO

Resarcimiento de los daños causados en virtud del  
legítimo sometimiento a prisión preventiva cuando el proceso  
penal no culmine con sentencia condenatoria

---

MARCELO BARRIGÓN

-2006-



*“Los Estados no andan sin provecho el camino de los padecimientos”.*

Juan Bautista Alberdi; *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, (versión original, Valparaíso, 1852), Plus Ultra, Buenos Aires, 2004.

*“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”.*

Miguel de Cervantes Saavedra; *Don Quijote de la Mancha (El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha)*, (versión original, 1605), Hyspamerica, Historia Universal de la Literatura, Buenos Aires, 1984.

*“Solamente si la prisión preventiva está justificada en el temor fundado de que el procesado evada la acción de la justicia y la privación de la libertad consiguiente –que claramente no es un castigo sino una carga para que se cumplan los trámites procesales- se depura de todo otro aspecto desagradable e incluso se compensa debidamente si el procesado resulta absuelto, puede justificarse la restricción de la libertad mientras dura el proceso penal”.*

Carlos Santiago Nino; *Fundamentos de Derecho Constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

*“You can only protect your liberties in this world by protecting the other man's freedom. You can only be free if I am free”.*

Clarence Seward Darrow (1857-1913); abogado,  
<http://www.wisdomquotes.com>.



## ÍNDICE

• CAPÍTULO PRIMERO	
<b>EXORDIO.....</b>	<b>9</b>
A) Introducción.....	11
B) Consideraciones previas. La prisión preventiva.....	12
C) El problema. Los hechos.....	18
D) A modo de ejemplo.....	20
• CAPÍTULO SEGUNDO	
<i>PRIMERA PARTE</i>	
<b>POSICIÓN MAYORITARIA.....</b>	<b>25</b>
IRRESPONSABILIDAD ESTATAL	
Tesis 1.....	26
<i>SEGUNDA PARTE</i>	
<b>CRÍTICAS A LA POSICIÓN MAYORITARIA.....</b>	<b>31</b>
INTRODUCCIÓN A LA ALTERNATIVA PROPUESTA	
-DERECHO DE REPARACIÓN-	
Tesis 2.....	32
• CAPÍTULO TERCERO	
<b>LIBERALISMO</b>	
<b>COHERENCIA INSTITUCIONAL.....</b>	<b>39</b>
A) Liberalismo.....	40
B) Conflicto normativo.....	47
C) Coherencia institucional.....	55
• CAPÍTULO CUARTO	
<b>APLICACIONES PRÁCTICAS.....</b>	<b>67</b>
Y OTRAS PRECISIONES	
A) Procedencia.....	73
B) Extensión del resarcimiento.....	82
C) Prescendencia de ley especial.....	92
D) Consecuencias posibles.....	97
• CAPÍTULO QUINTO	
<b>EPÍLOGO.....</b>	<b>105</b>
• BIBLIOGRAFÍA.....	109



## CAPÍTULO PRIMERO

### EXORDIO



## CAPÍTULO PRIMERO

## A) INTRODUCCIÓN

¿Debe el Estado indemnizar los daños causados al procesado que se vio privado de su libertad ambulatoria, habiendo dicho proceso concluido con su sobreseimiento o absolución?

La respuesta a este interrogante consumirá el desarrollo de las siguientes páginas mientras, a la par de realidades legislativas, nos hundimos muy hondo en el marco de una controversia no siempre bien definida de dos posturas ideológicas opuestas, de límites difusos: *utilitarismo* y *liberalismo*.

Sin importar cuales sean los argumentos a esgrimir para responder aquella primera pregunta, deliberada o incidentalmente todos ellos recaerán, a simple vista u ocultos en concepciones subyacentes, en esta antagónica dualidad. Será luego apreciado que la respuesta negativa será indudablemente un reflejo utilitarista<sup>1</sup>, así como la afirmativa implicará, necesariamente, una manifestación liberal.

Cabe destacar que cuando me refiero a la primera corriente de pensamiento (utilitarismo), lo hago en el sentido clásico que Jeremy Bentham le dio al término en su *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789); esto es, fundada en la necesidad de sacrificar pequeños intereses a causas más altas o, en todo caso, de no sacrificar intereses mayores a otros menores; la mayor felicidad del mayor número de personas, como el objetivo ético esencial de la sociedad humana. A su merced, sin profundizar ahora en este borrascoso tópico, el sacrificio de derechos e intereses individuales es una consecuencia necesaria y justificada por el solo hecho de convivir en sociedad. Aplicado al problema bajo análisis, la pérdida de la libertad fundada en la sospecha de comisión de un delito constituiría un perjuicio soportable en pos del bien común<sup>2</sup>. La ausencia de reparación, el corolario esperable de tal concepción.

---

<sup>1</sup> Ciertas líneas argumentales desarrolladas por partidarios de una solución negativa (que será denominada de irresponsabilidad estatal) correrán por carriles algo diferentes al propiciado por esta tesitura ideológica pero, en atención a la fragilidad de su andamiaje institucional o lógico, el planteo mismo deberá reducirse finalmente a aquella disputa connaturalmente bilateral.

<sup>2</sup> El término no es tomado en un clásico sentido tomista, en razón de las ramificaciones filosófico-teológicas que tal orientación implica. Por el contrario, la

El liberalismo, por su parte, no escapa como corriente a la vaguedad de su término. Las constantes evoluciones lo han tornado impreciso y abierto. Pero en estas páginas, a fin de evitar discusiones estériles, será él la doctrina de la libertad, la garantía de las libertades. Será tomado como “el triunfo de la individualidad, tanto sobre la autoridad que pretenda gobernar mediante el despotismo, como sobre las masas que reclaman el derecho de sojuzgar a la minoría”<sup>3</sup>. Sin embargo, no pretendo abordarlo en un dudoso carácter absoluto, sino como un principio de libertades individuales acotadas por la libertad de los demás (individualmente considerados). Y es a su sombra que defenderé el derecho a reparación que cabe reconocer a aquel que ha visto conculcado un derecho fundamental en pos de un beneficio colectivo; episódicamente, la administración de justicia.

Ahora bien, no será mi opinión sobre ambas doctrinas y sus respectivos beneficios la que procure convencer sobre la tesis aquí adoptada. Por el contrario, será nuestra Constitución Nacional quien resuelva el conflicto, como verdadera “carta de navegación” para guiar los destinos del país<sup>4</sup>, siguiendo una vieja aspiración de Alberdi. Así, una adecuada teoría interpretativa de la Ley Suprema dilucidará la tesis más *coherente*<sup>5</sup> con los principios en ella sostenidos y axiológicamente sustentados.

En otras palabras, y reafirmando posición, mediante un juego sofisticado de argumentos sobre las tesis en pugna, pretenderé encontrar al liberalismo como parasitario de la mejor versión de la Constitución, o de su espíritu.

#### B) CONSIDERACIONES PREVIAS. LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Es dable destacar que no existe una diferencia sustancial, a los efectos de la temática planteada, entre la privación de la libertad ambulatoria como consecuencia del sometimiento a prisión preventiva y cualquier otro supuesto

---

idea de bien común será desarrollada sobre un enfoque utilitarista, como beneficio colectivo, patentado en un bienestar mayoritario, superior al perjuicio irrogado al sujeto individual o al grupo minoritario.

<sup>3</sup> CONSTANT, Benjamin; citado por Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1981.

<sup>4</sup> NINO, Carlos Santiago; *Fundamentos de Derecho Constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

<sup>5</sup> La aparente casualidad de la mención de este término no es tal; de hecho, será esta coherencia institucional ahora someramente aludida la clave para la resolución más objetiva del conflicto (que sea factible encontrar).

de privación legal de aquella potestad. Es decir, el proceso argumental que encierran estas páginas bien puede ser extendido (aún con mayor razón) a casos tales como la condena efectiva luego revisada y dejada sin efecto. No obstante, a fin de facilitar el análisis del problema de fondo, estimo más conveniente centrar la discusión en torno a un instituto harto polémico, que por sus condiciones naturales congénitas es más proclive a demostrar el marco teórico desarrollado. La prisión preventiva es, por todo ello, el ejemplo paradigmático.

Alfredo Vélez Mariconde la ha definido como “el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado por un delito reprimido con pena privativa de la libertad, durante la sustanciación del proceso y a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal”<sup>6</sup>.

En base a lo dispuesto por el art. 281 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, podríamos conceptualizar a este instituto como el estado de privación de la libertad ambulatoria que dispone un órgano judicial, después de la declaración del imputado, cuando se le atribuye -con grado de probabilidad- la comisión de un delito que se sanciona con pena privativa de libertad por la cual no procede *prima facie* condenación condicional<sup>7</sup> o, procediendo, existen vehementes indicios de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

Como vemos -en nuestra provincia-, en todos aquellos supuestos en los que se considere al imputado como autor *probable* de un hecho delictivo que pudiera acarrear una condena privativa de la libertad de tres años o superior, la prisión preventiva es la regla inexorable. La razón respondería, más allá de todo reproche, a una generalización derivada de una concepción ciertamente atendible: aquel que podría verse en un futuro próximo privado de su libertad, tendrá mayor motivación para eludir la acción judicial procurando por cualquier medio evitar una pena tan gravosa para su persona, obstaculizando el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley.

Sin embargo, a fin de garantizar que en la persecución de tales fines no se afecten de manera irreversible derechos fundamentales, ciertas garantías acompañan a este instituto. Algunas de ellas de raigambre constitucional, luego de la reforma de 1994. La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup>, por su parte, estatuye en tal sentido el derecho de toda persona

---

<sup>6</sup> VELEZ MARICONDE, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1981.

<sup>7</sup> Art. 26, Código Penal. “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena...”.

<sup>8</sup> Pacto de San José de Costa Rica, ley 23.054, art. 7º, inc. 5º.

detenida a ser llevada sin demora ante un juez o funcionario que ejerza funciones judiciales y *a ser juzgada en un plazo razonable o a obtener su libertad mientras dure el proceso*, sin perjuicio de las garantías que aseguren su comparecencia a juicio. Una garantía similar establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas<sup>9</sup>, al consagrar el derecho de toda persona detenida o presa a ser *juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*.

A su vez, y pese a lo comentado al analizar el régimen provincial, este mismo Pacto palmariamente asienta el carácter excepcional de la prisión preventiva (dejando a salvo otros medios de caución para asegurar el desarrollo del proceso), al consagrar sin miramientos que dicho encierro cautelar de personas que hayan de ser juzgadas *no podrá ser la regla general*.

Más allá de los numerosos golpes que miles de doctrinarios asestan contra el instituto mismo de la prisión preventiva o las modalidades en que éste es ejercido, es dable observar que el pensamiento penal clásico no parece poner en duda, más allá de casos particulares, que ciertos beneficios sociales se siguen de su existencia. Sin embargo, también corresponde destacar, especialmente en tanto pone en jaque la idea misma de este escrito, que hay quienes sostienen la ilegitimidad y la inadmisibilidad de la prisión provisional del imputado antes de la condena. Las razones no sólo son positivas<sup>10</sup>, muy por el contrario, principian por hacer abstracción de la realidad mutable de la ley, para asentar sus premisas en lo más hondo del iusnaturalismo<sup>11</sup>, concluyendo en la “inutilidad”<sup>12</sup> insita en el encarcelamiento preventivo.

En esta corriente de pensamiento se enrola, principalmente, Ferrajoli<sup>13</sup>. Su tesis hace tambalear los cimientos de la doctrina que pretendo aquí construir, al restarle, en apariencia, basamento ideológico. Y es que lo extremo de su posición se encuentra en sustraer (nuevamente en apariencia) al instituto de la prisión preventiva cualquier grado de utilidad. Así, despojada del más mínimo resabio de beneficio colectivo o mayoritario, mal podría ser utilizado

---

<sup>9</sup> Ley 23.313, art. 9º, inc. 3º.

<sup>10</sup> Es decir, legalmente sustentadas.

<sup>11</sup> Ferrajoli apelaría a un punto de vista externo (lo que se asemeja a un escape muy propio del iusnaturalismo), prescindiendo de lo que dice la Constitución, para no sucumbir a la falacia habitual de nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable.

<sup>12</sup> Más adelante se verá el sentido con el que se utiliza este término, como sinónimo de innecesario o injustificante.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 5º edición, 2001.

el bien común, que se proclama inherente al funcionamiento del encierro cautelar, como argumento utilitarista de afectación de derechos individuales. El choque entre liberalismo y utilitarismo sería inexistente, y las palabras precedentes y consecuentes devendrían en incorrectas, siendo falsa la conclusión del silogismo que pretenden construir. Si no es posible al menos hallar un beneficio social mayoritario, nada de lo aquí expresado parece revestir importancia alguna. De allí que sea menester un breve desarrollo de esta corriente intelectual.

Ferrajoli analiza la cuestión al reafirmar la vigencia de la presunción de inocencia como principio procesal penal básico. Entiende que dicho principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. Siguiendo a Lauzé di Peret<sup>14</sup> afirma, “al cuerpo social le basta con que los culpables sean generalmente castigados, pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos”. Mas la importancia del principio no lo privó de ser objeto de las más arduas afectaciones. Así, la presunción de inocencia ha sido blanco de un ataque concéntrico desde finales del siglo XIX en adelante. El objetivo no ha sido la hoy casi trivial idea de juicio previo, sino sus implicancias garantistas de *libertad procesal* y formación de las pruebas.

Esta introducción es indispensable, pues Ferrajoli estima que “la historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia...”. Así es que mientras Roma llegó a la total prohibición de la prisión preventiva, este instituto fue el arma preferida en la Edad Media, con el desarrollo de un proceso inquisitivo basado sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión *per tormenta*. Y si bien la Ilustración volvió a reafirmar aquel principio, el daño causado ya habría marcado sus huellas. Los autores subsiguientes<sup>15</sup>, aun denunciando la atrocidad, la barbarie, la injusticia o la inmoralidad de la prisión provisional, se limitaron a reclamar su limitación. La supresión del instituto dejó de ser una opción viable, pues pese a sus falencias, el argumento de la “injusticia necesaria” se convirtió en dogma incuestionable. Así, en nombre de necesidades diversas, la prisión preventiva acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico.

El encierro cautelar echó raíces en los ordenamientos europeos. De razones procesales se pasó a motivaciones penales. Las necesidades de

---

<sup>14</sup> Lauzé di Peret; *Trattato della garanzia individuale*.

<sup>15</sup> Ferrajoli destaca a Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, entre otros.

actuación de la ley, presencia del imputado o adecuada recaudación de pruebas pasaron a un segundo plano, frente a ideas de prevención y seguridad social<sup>16</sup>. Una suerte de presunción de culpabilidad pasó a instalarse en el razonamiento jurídico occidental.

Hasta aquí, más allá de lo extremo o duro de ciertas apreciaciones, no habría mayores novedades. Mas ellas aparecen cuando Ferrajoli concentra su ataque en una nueva pregunta. ¿Es la prisión preventiva una “necesaria injusticia”, o es sólo el producto de una inconfesada concepción inquisitiva del proceso que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente sujeto a pena ejemplar y, sobre todo, presunto culpable?

Con un doble enfoque, externo, abstracto por un lado, e interno, positivo, constitucional por el otro, este autor da respuesta a la pregunta.

Descarta de plano como necesidades las finalidades de prevención y de defensa social. Una manifiesta incompatibilidad con el principio de inocencia devendría en esta inexorable conclusión (que comparto).

Pero quedarían indemnes aún dos finalidades de real importancia (que bien podrían ser enmarcadas en la idea simple de actuación de la ley<sup>17</sup>): evitar la alteración de las pruebas, y evitar la fuga del imputado. En lo que al primer fin respecta, Ferrajoli parece limitarlo a la interrogación del imputado. No le es difícil luego descartar su necesidad, al recordar el carácter de derecho, no de obligación, que reviste tal declaración. En tal sentido, dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, entiende que **la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad**, al impedir al sospechoso el adecuado desarrollo de la investigación y recolección de pruebas necesarias para su defensa.

Al segundo objetivo del encarcelamiento preventivo, el evitar la fuga del imputado, Ferrajoli lo reduce a una consecuencia motivada por el propio Estado y la existencia misma del instituto. Entiende así que la fuga se produce principalmente no por el temor a la pena, sino por el recelo a la prisión preventiva<sup>18</sup>. A su vez, recurre a un mecanismo de ponderación para dar mayor peso a la libertad, por sobre el ínfimo peligro que acarrea la fuga. En primer

---

<sup>16</sup> Entendiéndose a la prisión preventiva como medio ágil de impedir al imputado la comisión de nuevos delitos.

<sup>17</sup> Al decir de Vélez Mariconde, op. cit.

<sup>18</sup> Presupone que de no existir encarcelamiento preventivo, el imputado preferiría quedarse para participar activamente en el proceso que puede concederle una libertad legítima.

lugar, por su improbabilidad en el marco de un mundo informatizado. En segundo lugar, por el grave daño que en sí mismo implicaría la fuga, forzando al individuo a una vida de clandestinidad. Y, por último, en razón de que el mismo escape y la vida furtiva implicarían neutralizar al imputado, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal.

Ahora bien, culminado el somero recorrido por esta corriente de opinión, comencemos por descartarla como arma de vaciamiento contra el contenido de este escrito. Las razones son variadas. Lo extremo de las apreciaciones de Ferrajoli, si bien depuradamente formuladas, lo obligan a él mismo a volver ligeramente sobre sus pasos. Así, en primer lugar, tras negar o minimizar por completo el riesgo de fuga como fundamento de la prisión preventiva, se ve forzado a contemplar la probabilidad de su ocurrencia. Por supuesto, salva el escollo recurriendo a un proceso ponderativo impecable, que estaría incluso dispuesto a defender, pero que no quita el relativo beneficio social que en tal sentido representa el encarcelamiento cautelar.

En segundo lugar, se ve también forzado a debilitar su argumento respecto del peligro de adulteración de las pruebas. Por un lado, al minimizar tal riesgo en la sola declaración del imputado. Por otro, al permitir la detención hasta tanto tal hecho se produzca. La prisión preventiva quedaría enormemente limitada, y sus perjuicios serían virtualmente ínfimos, pero el bien común seguiría sirviendo de fundamento para la limitación de derechos (si bien minimizada en la medida de lo posible).

Por último, y principalmente, la tesis esgrimida en estas páginas se mantiene en pie por el solo peso de la realidad. Pues si bien es factible estar de acuerdo con Ferrajoli y pretender la eliminación de la prisión preventiva de todos los regímenes procesales, ello no obstaría la veracidad social del problema, tal y como ha sido planteado. Así, aun siendo reales los planteos ius naturalistas, aun si entendemos que el encierro cautelar es el más claro ejemplo de la adopción inconstitucional de un principio de presunción atenuada de culpabilidad, no eliminaríamos el sustrato teórico y fáctico que motiva estas páginas. Y es que la base misma del problema no se halla en la importancia real de la prisión preventiva y sus supuestos beneficios, sino en la jerarquía *mayoritariamente* asignada a ellos.

Por lo tanto, la idea de bien común<sup>19</sup> permanece incólume. Bien podríamos limitarla, favoreciendo la libertad (o el resarcimiento) en un eventual proceso ponderativo; pero ello no agrega ni quita nada al planteo principal. Pues, en definitiva, el problema tratado se asienta, verdaderamente,

---

<sup>19</sup> En el sentido acordado.

en la *convicción general* sobre el beneficio colectivo que la prisión cautelar representa, como hipótesis constitucionalmente sostenida<sup>20</sup>.

Finalmente, lo cierto es que con independencia de estos y otros tantos reproches que pueda merecer el instituto en cuestión, el problema tratado versa sobre ciertas consecuencias concretas que se derivan de su efectivo desarrollo. Presumiendo el bien común como razón constitucional justificante, resta ahora remitirnos a ellas.

### C) EL PROBLEMA. LOS HECHOS.

En tanto la prisión preventiva se impone requiriendo sólo un grado de probabilidad -no de certeza-, en numerosas ocasiones aquellos imputados que se ven sometidos a tan gravosa medida cautelar son finalmente sobreseídos o absueltos. La cuestión liminar que de inmediato se presenta ante este escenario es si la afectación de los derechos fundamentales y subjetivos patrimoniales involucrados debe, en efecto, ser reparada. En otras palabras, la pérdida de la libertad ambulatoria, *legítimamente* impuesta (no es objeto de este ensayo discutir sobre la indemnización del error judicial por actos arbitrarios o simplemente ilegales, en tanto dicha cuestión no reviste mayor dificultad) en ejercicio de un obrar *lícito* del Estado (cumpliendo un deber legalmente impuesto<sup>21</sup>) y en pos de la adecuada administración de justicia, ¿debe ser soportada con aplomo y resignación por el afectado, quien cargará con las consecuencias disvaliosas de una mera probabilidad porque así lo exige el bien común<sup>22</sup>, sin derecho a indemnización alguna? O, por el contrario, ¿debe el Estado reparar –en alguna medida o en su totalidad- aquellos perjuicios (patrimoniales y morales) injustamente sufridos por un ciudadano inocente?

---

<sup>20</sup> Ya he tenido oportunidad de recordar el sustento constitucional que hoy ostenta la prisión preventiva, lo que haría presumir una convicción positiva mayoritaria sobre sus beneficios. Y si recurrimos al apotegma básico de la supremacía constitucional, tal presunción devendría jurídicamente vinculante.

<sup>21</sup> Más allá de la mencionada violación constitucional que implica la aplicación del instituto como regla general; que bien podría llegar a ser considerada justificativo suficiente para exigir reparación. No obstante, será momentáneamente dejado de lado para desarrollar un problema que se presenta como de mayor profundidad.

<sup>22</sup> En el sentido expuesto.

Recordemos, nuevamente, que no se pone aquí en duda la responsabilidad del Estado-juez<sup>23</sup> por una arbitraria privación de la libertad, esto es, una antojadiza disposición del funcionario de turno que dicta el auto de imposición de la prisión preventiva sin ostentar pruebas que determinen – aún como probable- la comisión del delito por el presunto autor, o por un hecho delictivo que no sea susceptible de devenir en condena privativa de la libertad o cuando, *prima facie*, hubiera procedido la condena condicional. La indemnización del error jurisdiccional, como ha sido planteado, ya tiene sustento legal (art. 300 C.P.P.Cba.) y fuerte apoyo jurisprudencial<sup>24</sup> y doctrinario<sup>25</sup>.

La controversia, entonces, fuertemente dominada por concepciones restrictivas de responsabilidad estatal por sus actos lícitos, tiene su arena en el campo de privaciones **legítimas** de la libertad.

Es relevante destacar que el escenario descrito dista de ser infrecuente, por lo que el conflicto planteado excede lo meramente teórico. En efecto, las privaciones cautelares de la libertad en numerosas ocasiones culminan con la liberación del imputado por su sobreseimiento o absolución. No sin que antes, por cierto, hayan transcurrido incluso hasta tres años y, excepcionalmente, aún más. Por este último motivo algunas escasas sentencias<sup>26</sup> han consagrado el derecho a indemnización por el plazo

---

<sup>23</sup> Al decir de MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*, LexisNexis, Abeledo Perrot, 1997. (Lexis N° 2206/004124)

<sup>24</sup> CSJN, caso “Balda”, 19/10/95; TSJ Cba., caso “Caldarella”, 4/10/00; CSJN, “López, Juan de la Cruz y otros c/Provincia de Corrientes s/Daños y perjuicios”, 11/6/98; CSJN, “Robles, Ramón C. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, 18/07/2002, RCyS 2002, 980; entre muchos otros.

<sup>25</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge; “Responsabilidad del Estado por ‘Error Judicial’”, LA LEY, 1996-B, 311; MARIENHOFF, Miguel S.; op. cit.; BOSSERT, Gustavo A. – MÁRQUEZ URTUBEY, Luis O.; “Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje a Atilio Alterini)”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 1997 (Lexis N° 1010/005713); HITTERS, Juan Manuel; “Responsabilidad del estado por error judicial”, LA LEY 2003-F, 1070.

Los autores precitados, aún siendo claros opositores de la tesis de la reparación de la prisión preventiva legítima que no culmina en condena, adhieren sin miramientos al criterio de resarcimiento del error judicial.

<sup>26</sup> CSJN, “Rosa, Carlos A. c/Estado nacional y otro”, 1/11/99. “...*hay deficiencia en el servicio de justicia cuando la coacción personal insita en la prisión preventiva se ha prolongado durante un año, seis meses y dieciséis días a partir del segundo año de privación de libertad, sin que los magistrados intervinientes demostraran la necesidad imperiosa de mantener la medida cautelar*”.

irrazonable de prisión preventiva, sobre la base normativa dispuesta por el Pacto de San José de Costa Rica<sup>27</sup>, integrante de nuestra Carta Magna.

Mas lo cierto es que, en tales supuestos, la violación de los plazos relativamente expeditivos impuestos por la ley procesal penal convertiría en ilícita la prisión preventiva impuesta, al menos en lo que exceda de aquellos términos. En consecuencia, la responsabilidad del Estado en tales supuestos escaparía de los restringidos límites de la licitud, para incluirse en el terreno algo más pacífico de la responsabilidad aquiliana. Por lo que dichos casos superan también los propósitos de este escrito.

#### D) A MODO DE EJEMPLO

Es importante recalcar cardinalmente<sup>28</sup> que el problema tratado supera con creces la mera abstracción de estas páginas. Lejos de constituir un artilugio teórico, un forzado pero indubitable conflicto ideológico manifestado en escasas normas jurídicas, la prisión preventiva nos provee a diario de “sujetos de estudio”, ejemplos inequívocos de la realidad y urgencia que la situación plantea.

A modo de ejemplo, de acuerdo con datos oficiales de la Procuración General Bonaerense<sup>29</sup>, *tres de cada diez procesados privados de su libertad* (en la provincia de Buenos Aires) *son finalmente absueltos o sobreseídos*. Esta proporción -estimable en un 28% de la población carcelaria en situación cautelar- se potencia al analizar los números subyacentes. Tal cifra, sólo allí, se cuantificaría en unas *6.440 (casi seis mil quinientas) personas*<sup>30</sup>.

La provincia más populosa del país es en este sentido el ejemplo paradigmático, e incluso más gravoso, porcentual y numéricamente, seguido por el Servicio Penitenciario Federal. Concentran aproximadamente el 60% de las personas privadas de su libertad en todo el país<sup>31</sup>. De esos 31.000 apresados, unos *23.000 se hallan hoy en prisión preventiva*<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 7º, inc. 5.

<sup>28</sup> En un sentido numérico, imprescindible para comprender en su totalidad la realidad cotidiana que representa el escenario descripto.

<sup>29</sup> Según cita de Diario Clarín, 21 de agosto de 2005.

<sup>30</sup> Efectúo este cálculo conjugando estadísticas oficiales con las obtenidas en aquella fuente periodística. Si siguiéramos esta última información, el número ascendería a “cerca de 9.000” personas.

<sup>31</sup> Según datos aportados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) correspondientes al año 2003.

<sup>32</sup> El 75%, según artículo precitado.

Según datos aportados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) correspondientes al año 2003, sobre un total de 51.998 personas privadas de su libertad en distintos establecimientos a lo largo del país (a las que habría que sumar aquellas que se encuentran en comisarías y dependencias de la Prefectura Naval y la Gendarmería<sup>33</sup>), un 62% de ellas se encuentran en prisión preventiva. Los pronósticos distan de ser alentadores.

En conclusión, y con independencia de ciertas variaciones posibles en toda información estadística, los afectados se cuantifican en miles.

Las causas son muy variadas, y algunas de difícil verificación<sup>34</sup>. Mas lo cierto es que esta multiplicidad de causales provoca una realidad digna de atención, susceptible de un análisis riguroso desde una perspectiva jurídica, que ponga las herramientas de su ordenamiento al pie de un problema que reclama revisión.

Justificada la veracidad práctica del problema, ahondemos en él.

---

<sup>33</sup> 10.879 personas, para totalizar 62.877 personas detenidas en todo el país.

<sup>34</sup> Políticas tradicionalmente conocidas como de “mano dura”, persiguiendo la idea de reforzar la justicia, al menos ante los ojos de la sociedad globalmente considerada, restringen cuando sea posible cualquier excarcelación solicitada. Información periodística (artículo precitado) atribuye también la situación descrita a maniobras policiales encaminadas a “maquillar los índices de efectividad”. E incluso se atreven a atribuir parte del problema tratado a desviaciones fraudulentas de la investigación (también en manos de la policía bonaerense), destinadas en incriminar a un inocente a fin de proteger a los verdaderos culpables del delito.



CAPÍTULO SEGUNDO

**PRIMERA PARTE**

POSICIÓN MAYORITARIA

IRRESPONSABILIDAD ESTATAL

**SEGUNDA PARTE**

CRÍTICAS A LA POSICIÓN MAYORITARIA

INTRODUCCIÓN A LA ALTERNATIVA PROPUESTA

-DERECHO DE REPARACIÓN-



## CAPÍTULO SEGUNDO

## PRIMERA PARTE

En el marco de la pregunta ya desarrollada, las respuestas se subdividen, salvando algunas leves diferencias, en dos corrientes de opinión bien definidas. Una primera postura, de corte netamente utilitarista, centrada en el fuerte poder del Estado, sostiene la irresponsabilidad estatal por el obrar judicial lícito, sin importar las consecuencias que devengan del mismo. Esta es, ciertamente, la tesis mayoritaria, en atención al gran apoyo doctrinario<sup>35</sup> y, fundamentalmente, jurisprudencial<sup>36</sup>.

Niega ella el derecho de reparación por el daño de cualquier índole que haya sufrido el damnificado en el caso concreto, hasta tanto el Estado no

---

<sup>35</sup> MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*, LexisNexis, Abeledo Perrot, 1997. (Lexis N° 2206/004124); BOSSERT, Gustavo A. – MÁRQUEZ URTUBEY, Luis O., op. cit.; CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, 1998; ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, t VII, p. 1140, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit.; HITTERS, Juan Manuel, op. cit.; MAIORANO, Jorge Luis; “Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, LA LEY, 1984-D, 986.

<sup>36</sup> CS, “Román S.A.C. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro de pesos”, 13-X-1994; CCivil y Com. Junín, 12/8/93, “Lemos, Pascual I. y otros v. González, Luis M. y otros”, JA, 1994-I-285; SCJBA, 26-10-99, “Fernández Blanco, Hugo Sandro c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios”, Ac. 66.689 S; CNFed. Contenciosoadministrativo sala IV, 5/4/94, “Perla, Roberto Osvaldo c. Estado nacional (Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia) s/cobro de pesos”, La Ley, 1994-E, 257; C2<sup>a</sup>CCom. de La Plata, sala 1, 26-2-98, “Sforza, Juan Miguel c/Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios”, Rubinzal Culzoni, revistas 1 a 9, 1998-2000; CNFed. Contenciosoadministrativo sala I, 20/4/94, y CS, 22/2/90, “Chein, Graciela C. c. Estado nacional - Ministerio del Interior”, ED, 143 - 561 y 563, con nota de Germán J. Bidart Campos; C2<sup>a</sup>CCom. de La Plata, sala 2, 11-5-99, “González Andujar, Mario E. c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios”, Rubinzal Culzoni, revistas 1 a 9, 1998-2000; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 11/8/92, “Ferrari, Alfredo y otros c. Estado nacional (Ministerio de Educación y Justicia)”, LA LEY, 1993-A, 484; CS, 4/11/86, “Garda Ortiz, Enrique c. Estado nacional”, ED, 122-345, con nota de Juan Carlos Cassagne; Corte Sup., “Balda, Miguel v. Provincia de Buenos Aires”, LL 1996-B-312.

incurra en alguna forma de responsabilidad por acto judicial ilícito. El justificativo básico, la adecuada administración de justicia.

En la ribera opuesta del río encontramos una segunda postura, esencialmente minoritaria<sup>37</sup> y de raigambre liberal. Sus bases se asientan en el pretendido carácter individualista de nuestra Constitución para procurar, a su merced, garantizar los derechos personalísimos que ella proclama. Pretende así dejar indemne a quien, en pos del beneficio colectivo estatalmente perseguido, ha sufrido un daño en cualquier manifestación de su personalidad.

Comencemos por la primera de estas corrientes.

#### TESIS 1: POSICIÓN MAYORITARIA. IRRESPONSABILIDAD ESTATAL.

Como se ha comentado, los exponentes de esta corriente de opinión despliegan una fuerte línea argumental para defender la improcedencia de una reparación a cargo del Estado y a favor del imputado inocente, privado de su libertad ambulatoria durante el proceso. Tales argumentos pueden sintetizarse en los siguientes:

**a) Injusticia necesaria:** “Universalmente se reconoce que es una injusticia encarcelar a los acusados antes de condenarlos, pues por sospechas que suelen ser falaces, se originan trastornos en las familias y se priva de la libertad a ciudadanos, con frecuencia de buena conducta... *pero es una injusticia necesaria para obtener la verdad... la seguridad y lograr... la aplicación de la pena...*”. Con estas palabras resume Francesco Carrara<sup>38</sup> el pensamiento penal clásico. En sus palabras se refleja el inmenso perjuicio que la prisión preventiva acarrea a un inocente, mas considerando que es un mal indispensable para el bien común. Si continuáramos la cita descubriríamos que el autor también ha considerado que la afectación de un bien tan preciado como la libertad no puede ser dejada al arbitrio de los magistrados, razón por la cual establece una serie de presupuestos mínimos para la privación cautelar de la libertad.

---

<sup>37</sup> Más adelante se analizará el creciente apoyo doctrinario que está experimentando esta corriente, aunque al relativo desamparo de la jurisprudencia.

<sup>38</sup> CARRARA, Francesco; “Inmoralidad del encarcelamiento preventivo”, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. IV, Temis, Bogotá, 1976, págs. 225/229.

Ahora bien, este es solo el primer paso. De hecho, tampoco los partidarios de una tesis liberar pregonan a los cuatro vientos la inviabilidad de la prisión preventiva como instituto; y los reproches que merezca como tal provienen también de los más avezados utilitaristas. Pero más allá de los defectos intrínsecos que aquejen a esta institución procesal, unos y otros concuerdan, en mayor o menor medida, en la utilidad de la misma<sup>39</sup>. De allí que este primer argumento sea sólo la puerta de ingreso para lo que está por venir.

**b) Sospecha y actuación aparente:** Marienhoff<sup>40</sup>, entre otros<sup>41</sup>, considera que el lapso de privación de la libertad a raíz de la substanciación de un proceso penal no debe dar lugar a responsabilidad alguna del Estado, no pudiendo generar derecho a resarcimiento a favor de quien sea sobreseído o absuelto. Hasta aquí nada nuevo. Los daños sufridos como consecuencia deberán ser absorbidos por el imputado. Pero agrega, a su vez, que mayor razón asiste a su conclusión cuando el sometimiento de dicha persona al proceso obedeció a circunstancias atendibles “debidas a su **aparente actuación**”.

Parece lógico concluir, de sus palabras, que el haber generado un halo de sospecha, pese a la inocencia determinada en el proceso, sería justificativo suficiente para negar indemnización. Así, una sola circunstancia accidental (actuación aparente) sería razón sobrada para provocar un daño y dejarlo incólume. Tal vez el verdadero peso de este argumento sea el esconder otros no confesados.

**c) Propia torpeza y deshonestidad:** Yendo aún más lejos en el marco del argumento anterior, nos dice Marienhoff<sup>42</sup>, como refutación a cualquier pretensión resarcitoria: “nadie puede invocar su propia torpeza, o su propia negligencia, para crearse un título de crédito”. Entiende a su vez, y literalmente expresa, que la conducta “dudosa” del procesado, en tanto

---

<sup>39</sup> Esta utilidad, no obstante, no implica necesariamente la aceptación del instituto. Es factible estimar, y muchos lo hacen, que la afectación de derechos que conlleva es en extremo gravosa, siendo el beneficio perseguido ínfimo en relación al perjuicio causado.

<sup>40</sup> MARIENHOFF, Miguel S., op. cit.

<sup>41</sup> HITTERS, Juan M, op. cit.; BOSSERT, Gustavo A. – MÁRQUEZ URTUBEY, Luis O., op. cit.

<sup>42</sup> MARIENHOFF, Miguel S., op. cit.

violatoria del antiguo principio romano “vivir honestamente”, excluye cualquier aparente situación equívoca.

Nuevamente, este argumento parece no querer confesar su verdadero espíritu.

**d) Involuntariedad estatal:** Relativamente solitario en la doctrina, esboza este autor un último lineamiento argumental en apoyo de esta corriente. Estima, con un enfoque altamente administrativista, que el Estado no podría ser responsabilizado de los daños causados en las instancias preliminares del proceso pues la voluntad estatal recién aparecería exteriorizada en la sentencia definitiva y firme. Así, hasta tanto no se haya expedido el Tribunal de última instancia, ningún reproche podrá ser efectuado contra el Estado, pues él, técnicamente, nada habría hecho.

**e) Sustitución de una pena imposible:** Barbará<sup>43</sup> nos llama la atención sobre la existencia de una “curiosa y arbitraria” corriente de pensamiento que, si bien aplicada a la procedencia misma del instituto de la prisión preventiva, también conduce inexorablemente a negar indemnización al imputado no condenado. Sus argumentos principian por considerar a esta prisión “cautelar” como el único medio para suplir, en determinadas circunstancias, las falencias del sistema penal. Así, cuando se presente el supuesto de un individuo imputado por la comisión de un delito, con absoluta convicción general sobre su culpabilidad, pero ante la ausencia de pruebas en su contra, el encierro preventivo redundaría en indudable beneficio social, al ser el único castigo que se podría inducir al “delincuente”.

Para llegar a esta conclusión se parte de dos presupuestos básicos: por un lado, la pena como un *castigo* de beneficio social; por otro, la imposibilidad crónica del sistema penal de encarcelar a todos los culpables. De tal forma, la prisión “preventiva” sería el único modo de no dejar a un culpable (no declarado tal por una aparente falencia judicial) sin reprimenda alguna por el delito cometido. Estimo que esta tesis confiesa, al menos en alguna medida, lo que parecían inferir los argumentos b) y c). Por supuesto, siguiendo aquellos principios, mal podría aquel culpable no condenado pedir indemnización por un daño que, *justamente*, debería haber sufrido.

---

<sup>43</sup> BARBARÁ, Fernando L.; “Constitución y prisión preventiva”, La Ley, Buenos Aires, 07/09/2004.

**f) Tributo social y justicia legal:** En el año 1994, la CSJN entendió, en el marco de la causa “Román S.A.C. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro de pesos”<sup>44</sup>, que aún admitiendo la responsabilidad estatal por sus actos lícitos, no era viable imponer para tales supuestos un régimen de responsabilidad objetiva, por todo daño causado por un organismo estatal. En consecuencia, el Estado solo está obligado a indemnizar aquellos daños *anormales* que sufra un ciudadano y que impliquen un *sacrificio desigual* que, como tal, no está obligado a tolerar sin la debida compensación económica. El Dr. Bossert consideró en dicho fallo que “...la actividad desplegada en el proceso judicial representa el ineludible cumplimiento del deber, a cargo del Poder Judicial, de desentrañar la verdad para aplicar al caso la legislación vigente y cumplir así el mandato constitucional de ‘afianzar la justicia’, lo que determina la existencia de una **carga general** de contribución al logro de ese objetivo”. Marienhoff, por su parte, adhiere a este argumento al entender que el menoscabo sufrido en tal situación, además de responder a la “propia conducta” de tal persona, no es más que el *tributo debido por todos los integrantes de la comunidad en pos del “afianzamiento” de la justicia*.

Con igual criterio, Cassagne<sup>45</sup> estima que, si bien el ejercicio de la función jurisdiccional podría ser fuente de responsabilidad estatal, cuando se ocasionen daños a particulares, la admisión de ella tiene alcances harto restringidos. La excepcionalidad de tal responder estatal radicaría en lo que él denomina principio de **justicia legal** o **general**, aquella especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el todo social. Es en virtud de tales deberes (generales), que la restitución en caso de daños no puede constituir más que una excepción, en el único supuesto de un obrar ilegítimo. Y es que existiría, en materia de actividad judicial, un “deber genérico de soportar los daños causados por la actividad legítima o ilegítima, como consecuencia de la necesidad de someterse al proceso jurisdiccional por parte de los particulares, como modo de dirimir el sometimiento y, en principio, a soportar todas las consecuencias perjudiciales que ese proceso provoque en sus derechos de propiedad y de libertad”.

Esa carga, siempre existente, de contribuir al bien común, solo acarrearía -excepcionalmente- un deber resarcitorio ante la ilegitimidad del obrar estatal, a fin de restablecer la igualdad a través de la restitución. Dentro del marco de la legitimidad, la actividad jurisdiccional obraría en condiciones de equidad (precisamente por estar todos los ciudadanos sometidos a aquella

---

<sup>44</sup> 13-X-1994.

<sup>45</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, Tomo I, págs. 302 y 303, Abeledo Perrot, 1998.

eventual carga), denotando así la improcedencia de indemnización alguna a favor del procesado inocente.

El argumento último, entonces, insito en las palabras anteriores, parece ser la igualdad<sup>46</sup>, manifestada y protegida en la generalidad del tributo social eventualmente exigido, en pos del afianzamiento de la justicia (y del bien común en consecuencia).

---

<sup>46</sup> Tendremos luego oportunidad de analizar minuciosamente el sentido con que dicho término es aplicado o entendido por la doctrina judicial descripta. A su vez, se explicará detalladamente la diferencia sustancial existente en la misma tarea interpretativa y sobre el mismo concepto, cuando ella es llevada a cabo por partidarios de la tesis opuesta.

## SEGUNDA PARTE

Hemos tenido oportunidad de analizar pormenorizadamente cada uno de los argumentos que fundan la tesis de la irresponsabilidad estatal. También se ha destacado el carácter eminentemente mayoritario de esta corriente de opinión que, sobre el argumento principal de un tributo social propio de una justicia general, está empapada con los principios generales del utilitarismo.

Consecuencia de esta visión utilitarista es el sacrificio de derechos e intereses individuales, como corolario necesario y justificado del solo hecho de convivir en sociedad. Específicamente, la libertad cedería frente a necesidades colectivas, permitiendo no solo la existencia misma de la prisión preventiva, sino también negando reparación alguna por los daños que aquella causare. Afianzar la justicia así lo exigiría.

Por supuesto, también se ha señalado que el camino recorrido se bifurca no bien comenzamos el trayecto. Así, en el horizonte del constitucionalismo liberal encontramos una segunda postura, esencialmente minoritaria<sup>47</sup>, profundamente arraigada a los principios liminares de nuestra práctica constitucional. Esta tesitura, a sabiendas o inconscientemente, descansa sus espaldas en el liberalismo congénito de nuestra Carta Magna para proclamar, sin cortapisas, la responsabilidad del Estado-juez, aún por un obrar lícito. Y así, frente al supuesto concreto de la prisión preventiva que no culmina en condena<sup>48</sup>, no duda en afirmar el deber indemnizatorio que, como consecuencia de los daños causados, recae sobre la persona misma del Estado.

Lógicamente, esta corriente ideológica se halla en franca oposición con la denominada tesis 1, de irresponsabilidad estatal. De allí que parte de la defensa que ensaya la alternativa propuesta se centre en las críticas a aquella primera postura.

---

<sup>47</sup> Con reconocimientos jurisprudenciales de escasez preocupante, aunque acompañada hoy por un renovado apoyo doctrinario, como se verá en las siguientes páginas.

<sup>48</sup> Ciertas variantes y discusiones se denotan en aspectos prácticos tales como casos de procedencia o extensión del resarcimiento. Estas particularidades de cada postura afirmativa serán tratadas en extenso al desarrollarse el capítulo cuarto.

## TESIS 2: CRÍTICAS A LA IRRESPONSABILIDAD ESTATAL

En todo Derecho Constitucional democrático, como el sustentado por nuestro país, la limitación de derechos es un rasgo esencial. Como corolario inseparable se sigue que ningún derecho es absoluto ni puede ser ejercido antifuncionalmente. En consecuencia, es factible, permisible y aún deseable que el Estado acote la esfera de libertad de un ciudadano en pos de un bien común. Indudablemente a tal fin se encamina la prisión preventiva, como herramienta en ocasiones indispensable para asegurar una adecuada administración de justicia o, al menos, la aplicación efectiva de las leyes (si acaso estas se desentienden de aquel valor fundamental). Será entonces imprescindible que el ciudadano amolde su conducta a los lineamientos de la ley y cumpla efectivamente con el mandamiento estatal, pues así lo exige un Estado de Derecho. Dromi<sup>49</sup> nos diría que “asegurar el triunfo de la justicia es deber de todos. Los que mandan y los que obedecen no pueden perder de vista que así como es importante para el Estado hacer justicia, también lo es para el individuo obtenerla”.

Lo antes dicho sirve como justificativo suficiente para que un sujeto pueda, legítimamente, ser privado de su libertad ambulatoria, cuando el interés general así lo exija. Aun si esta particularidad implica una concesión utilitarista, tal decisión política parece ser de dudoso cuestionamiento, ante la enorme aceptación social y el soporte constitucional que consagra la existencia de la prisión preventiva. Pero, por cierto, esta pequeña concesión (si lo es) no implica anteponer intereses supraindividuales frente a todo caso y todo derecho personal.

Bidart Campos nos dice que “...hay que coadyuvar al *ius persecuendi* y al *ius puniendi*, en conjunción con razones de seguridad y solidaridad social”<sup>50</sup>. Ahora bien, en nada obsta el cumplimiento de un deber legal como el reseñado la posibilidad de exigir al Estado una justa retribución que, al menos de forma imperfecta, mitigue los daños sufridos en defensa del bien colectivo. En otras palabras, una relación de jerarquía de derechos podría disponer una preeminencia temporal motivada en las necesidades momentáneas de la sociedad, dejando prevalecer en un primer momento el bien jurídico protegido del afianzamiento de la justicia. Pero, fenecida esta etapa procesal y, declarado

---

<sup>49</sup> DROMI, José R.; *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*; p. 16, Ed. Grouz, Madrid, 1986.

<sup>50</sup> BIDART CAMPOS, Germán; “¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad? (disquisiciones en torno de la responsabilidad estatal)”, *Revista de Derecho de Daños*, n. 9, “Responsabilidad del Estado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 233 y 234, 2000.

el sobreseimiento o absolución del imputado, el daño individual sufrido ha quedado patentizado en aquella decisión jurisdiccional. En consecuencia, no es ilógico considerar que aún frente al interés colectivo del encarcelamiento preventivo, la sociedad deba reparación a aquel ser humano tan profundamente dañado por motivo de una “momentánea seguridad”.

Así, lo sostenido por los partidarios de la tesis de la irresponsabilidad estatal, expresado en el argumento **a)** (Injusticia necesaria), no sería óbice para que el procesado inocente, luego de recobrada su libertad, pueda ser reparado de los perjuicios que por su contribución al bien social hubiere sufrido. Por lo tanto, este primer argumento devendría, cuando menos, insuficiente para sostener por sí solo aquella afirmación de irresponsabilidad.

El argumento **b)** (sospecha y actuación aparente), por su parte, pretende justificar un daño (la privación de la libertad) como **justa contrapartida** de la “sospecha” que ha puesto el imputado sobre su cabeza. Tal tesitura es abiertamente inadmisibles y palmariamente inconstitucional. Aún reconociendo a la probable comisión de un delito como razón suficiente para legitimar el encarcelamiento preventivo, tal probabilidad incidental jamás podrá justificar, al amparo de nuestra Constitución y su vehemente declaración de derechos y garantías, el daño a un ciudadano sin una adecuada reparación. Podrán alegar, con razones más atendibles, que el bien común así lo exige (argumento *f*), pero la sola sospecha no podría jamás, en el contexto de nuestra práctica constitucional, ser causal legítima de castigo. De lo contrario, crearíamos una categoría intermedia entre inocente y culpable, que dé razón suficiente para reprimir al “sospechoso”. Así, aquel viejo interrogante sobre la calidad de pena anticipada de la prisión preventiva tendría al fin una respuesta concluyente.

El tercer argumento esbozado (la propia torpeza y deshonestidad como excusa para negar indemnización), parte, a mi entender, de una opinión prejuiciosa. Marienhoff parece olvidar que estamos ante un inocente o, tal vez, considera que las absoluciones o sobreseimientos responden a defectos procesales que causaron la excarcelación de un culpable. Solo así podríamos hablar de un obrar deshonesto de un inocente. ¿Qué otro motivo puede encontrarse para dar algún valor a este argumento? Quizás la apelación a la honestidad implica también una expansión del derecho penal, dentro del campo de la moral no positiva. Con tal criterio, se exigiría a los habitantes de la nación no sólo la no comisión de delitos, sino también la apariencia de no cometerlos. Cualquier conducta equívoca en tal sentido justificaría la

represión. La libertad quedaría restringida al ámbito de las apariencias, y la inocencia no sería defensa suficiente contra un Estado represor. Tal resultado es francamente inconciliable con los principios constitucionales penal-liberales de legalidad y reserva.

El cuarto argumento –involuntariedad estatal- es exclusivo del Derecho Administrativo y, en mi opinión, sólo defendible en dicho ámbito. Con tal tesis se negaría toda posibilidad para la reparación de los menoscabos causados aún por una privación ilegítima de libertad en el marco de un proceso penal, en tanto el proceso de formación de la voluntad estatal jamás podrá verse concluido para dicha instancia. Y aún defendiendo los principios que Marienhoff extrae del Derecho Administrativo, ellos no tendrían posibilidad alguna de aplicación ante la abierta incongruencia con principios constitucionales como el de “no dañar a otro”. Y es que “la responsabilidad para el derecho no puede ser adjetivada de civil, laboral, penal, administrativa, comercial, etc. Ella es siempre una, con un denominador común, dado por su raíz jurídica. La raíz sustantiva del deber de reparación del Estado, de cualquier lesión a cualquier bien está consagrada en la normativa de la Constitución Nacional, en tanto se siguen los lineamientos jurídico-políticos del Estado de derecho”<sup>51</sup>.

A su vez, recordemos que los factores de atribución reconocidos por nuestro sistema legal han superado hace años a la voluntad como único exponente, de la mano de una objetividad protectora.

En cuanto a la teoría de la sustitución de una pena imposible (argumento *e*)), no es dable considerarla como una postura seria si lo que se pretende es enmarcarla dentro de los lineamientos de un Estado de Derecho. Tal como dijimos, su único valor es desenmascarar realidades, que se hallan ocultas bajo un ropaje jurídico. Es este el argumento que no se atreve a confesar Marienhoff, pero que traslucen los argumentos b) y c). Por lo tanto, aquellos reproches son aún más valederos frente a esta desnuda verdad.

De más está decir que aceptar esta concepción, siquiera como atendible desde una perspectiva jurídica, importa tanto como renegar de nuestra Constitución y echar por tierra toda credibilidad que la institucionalidad de la administración de justicia pueda ostentar.

---

<sup>51</sup> DROMI, José R., op. cit.

En lo que al argumento **f)** respecta, su refutación requerirá un proceso argumental más complejo, en tanto el fundamento de **tributo social** se encuentra enraizado en aquella concepción ideológica, de enorme profundidad, con la que introducimos este ensayo: el *utilitarismo*.

Con este propósito nos adentramos en el siguiente capítulo.



CAPÍTULO TERCERO

LIBERALISMO

COHERENCIA INSTITUCIONAL



## CAPÍTULO TERCERO

Superados, espero airosamente, los primeros escollos ante un resarcimiento del imputado inocente afectado en sus derechos personalísimos, un último obstáculo ha quedado momentáneamente ileso. Me refiero al argumento que denominamos *Tributo social y justicia legal*. El motivo de esta provisoria indemnidad dista de ser caprichoso; muy por el contrario, reside en la profundidad en que se hallan enraizadas las bases mismas de la postura hoy atacada. Y es que, aunque no surja a simple vista, la tesis de la irresponsabilidad estatal (en el sentido ya acordado<sup>52</sup>) es tan solo la superficie, palpable, de una corriente subyacente, de la que se nutre y en la que cobra sentido: el *utilitarismo*.

Al comenzar estas páginas, el *utilitarismo* fue introducido en su sentido clásico, a fin de evitar discusiones estériles o meros desacuerdos verbales que nos alejen innecesariamente del problema a tratar. Me referí a él destacando como un pilar fundamental de su doctrina la necesidad de sacrificar pequeños intereses a causas más altas o, en todo caso, de no sacrificar intereses mayores a otros menores; la mayor felicidad del mayor número de personas, como el objetivo ético esencial de la sociedad humana. En una sociedad guiada por estos lineamientos en forma absoluta -lo que Dworkin<sup>53</sup> denominaría “sociedad costo-eficiente” (cost-efficient society)-, toda decisión, todo acto, debería necesariamente someterse a un análisis consecuencialista, midiendo el sufrimiento estimado de aquellos que se verían perjudicados si una respectiva acción fuera desarrollada, en relación con el beneficio social que se seguiría de llevar a cabo aquella acción, individualmente dañosa<sup>54</sup>.

Pero también hemos observado que esta corriente dista de ser el único modelo ideológico-político<sup>55</sup> capaz de gobernar el comportamiento social. Muy por el contrario, otros modelos disputan el privilegio de servir de fundamento último de las más variadas decisiones. En lo que a nosotros concierne, por la temática tratada, la problemática se centra entre dos posturas,

---

<sup>52</sup> Capítulo Segundo.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald; *A matter of principle*, Harvard University Press, 1988.

<sup>54</sup> Para un único sujeto o para un grupo minoritario.

<sup>55</sup> Las ramificaciones y consecuencias del utilitarismo exceden lo estrictamente ético, para influenciar profundamente lo político y social. De hecho, fue utilizado por su principal exponente (Jeremy Bentham) como herramienta de promoción y justificación de reformas políticas y legales.

de proporciones colosales en cuanto a sus derivaciones prácticas; el ya mencionado utilitarismo, por un lado, y el liberalismo, por otro.

Ahora bien, para no hacer de este escrito una batalla de argumentos sobre un tópico sustancialmente sujeto a subjetividades, procuremos escapar entre los cuernos. En esta fuga, busquemos refugio bajo un techo algo más objetivo. Y es que, si bien toda organización social (y casi por ende jurídica) depende en esencia de decisiones políticas, podríamos acordar que gran parte de ellas ya han sido tomadas, encontrándose enmarcadas en el documento jurídico, político y social más significativo del país, nuestra Constitución Nacional. Debido a su carácter vinculante<sup>56</sup>, en ella, y en el sistema jurídico forjado en consecuencia, se halla la respuesta más libre de subjetividades, opiniones y prejuicios que nos sea dable encontrar para resolver el interrogante planteado: ¿Debe el Estado indemnizar los daños causados al procesado que se vio privado de su libertad ambulatoria, habiendo dicho proceso concluido con su sobreseimiento o absolución?

Los años y los autores han desdibujado muchas de las características esenciales de ambos modelos, tornándolos imprecisos en la multiplicidad de variables posibles. Por ello estimo ahora conveniente aclarar también el sentido con el que será tratado este segundo modelo -liberal-. No obstante, las bondades y perjuicios de cada ideología no serán en esta oportunidad objeto de debate. La respuesta procurada no implicará, entonces, enrolarse en una u otra postura; importará, por el contrario, determinar en cual de ellas se enrola nuestra Constitución, al menos para el supuesto tratado.

#### A) LIBERALISMO

El siglo XIX es, ante todo, el siglo del liberalismo<sup>57</sup>. Afirmaciones casi temerarias de este tipo, por el enorme grado de generalización que traducen,

---

<sup>56</sup> Este carácter implica que en la cultura jurídica de nuestra sociedad, siguiendo la clasificación de condiciones de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que nos propone Guastini (“La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”; Madrid, Trotta, 2003.), la constitución no ha de ser vista como una simple proclama política o declaración programática, sino como una fuente de normas jurídicas vinculantes y superiores al resto de las normas del ordenamiento. Este carácter vinculante se extiende desde lo meramente institucional o procedimental, hasta las normas sustantivas que reconocen derechos y otros bienes constitucionales.

<sup>57</sup> TOUCHARD, Jean; *Historia de las ideas políticas*, Traducción de J. Pradera., Editorial Tecnos, Madrid, 1981.

demuestran la importancia alcanzada por esta fuerte corriente de opinión, que abarca aspectos económicos, éticos, políticos, sociológicos, jurídicos y aún filosóficos. Pero las imprecisiones del lenguaje natural han atacado aquí de nuevo, y la ambigüedad ha cobrado por víctima a la claridad. La sencillez originaria del término (acaso por encontrarse entonces sólo en formación) ha terminado por perderse en un concepto multívoco, que designa mucho y aclara poco. De allí que sea menester intentar limpiar el escenario teórico para evitar pseudo-desacuerdos, que conviertan a este escrito en un monumento de esterilidad.

Persiguiendo dicho fin, este ensayo ha sido introducido con un somero pero concreto acercamiento al liberalismo, en el sentido con el que será tratado en estas páginas. Allí fue catalogado como la doctrina de la libertad, la garantía de las libertades, “el triunfo de la individualidad, tanto sobre la autoridad que pretenda gobernar mediante el despotismo, como sobre las masas que reclaman el derecho de sojuzgar a la minoría”, haciendo eco de las palabras de Constant. En este contexto se erige una visión liberal de la sociedad, en la que el individuo es tomado “como la unidad moral básica, proscribiendo que sea sacrificado en beneficio de cualquier entidad supraindividual”<sup>58</sup>.

Ciertos principios básicos son predicables de esta visión liberal de sociedad. Ellos, lejos de constituir un mero adorno teórico, revisten utilidad como método de mejor identificación y mayor claridad para las palabras venideras. En tal sentido, Nino nos ofrece, en sus *Fundamentos de Derecho Constitucional*<sup>59</sup>, una trilogía de principios que son hoy aplicables, y que serán tomados como modelo liberal por excelencia<sup>60</sup>.

a) El primero de los principios parte de una afirmación poderosa: toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica. Según Nino, este rasgo esencial del discurso moral de la modernidad, tal cual se halla incorporado a nuestra práctica constitucional, refleja la asunción del valor de la *autonomía*. Y es que el consenso al cual se dirige la discusión moral supone, necesariamente, la aceptación -compartida- de principios, para justificar acciones y actitudes. Esto implica que los participantes de la discusión moral asumen, como fin o como medio, el valor de la libre aceptación de principios

---

<sup>58</sup> NINO, Carlos Santiago; op. cit.

<sup>59</sup> Op. cit.

<sup>60</sup> Sin descartar otros modelos igualmente viables, y sin rechazar desacuerdos sobre los principios reconocidos, sacrificaré la plenitud de la discusión en beneficio de la claridad de la exposición, lo que nos permitirá dedicarnos, sin mayores sombras de duda, al problema directamente planteado.

morales, o sea de una aceptación asentada sobre razones (en términos de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos) “y no sobre la base de la coacción, la persuasión irracional, el sometimiento a una autoridad humana, divina o convencional”.

Este presupuesto general de autonomía subyace al discurso moral, derivándose de él un principio de mayor especificidad: el de *autonomía personal*. Es éste el primer principio distintivo de la concepción liberal de sociedad; su consecuencia inmediata, la proscripción de cualquier interferencia en la elección libre de ideales de excelencia personal.

La autonomía personal actuaría como factor determinante de contenido de los derechos individuales básicos, en tanto de ella se desprende cuáles son los bienes que aquellos derechos procuran proteger. Estos bienes están constituidos por las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos. Nino efectúa una enumeración no taxativa de prerequisites para tal fin: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, de expresión, de cultos, de asociación, de trabajo, el acceso a recursos materiales e incluso al ocio.

b) Un segundo principio liberal, al que Nino se refiere como de *inviolabilidad de la persona*, emerge como limitación a aquel primer principio de autonomía personal. El mismo es de notoria importancia y exige particular atención para los fines que persigue el presente escrito. Y es que su derivación práctica principal principia por proscribir, rechazar, negar cualquier disminución de la autonomía que goza una persona, cuando ella se procure por la sola razón de que de este modo se incrementa la autonomía gozada por otros.

Es esta la forma en que el liberalismo rechaza concepciones de índole utilitarista<sup>61</sup>, impidiendo que la autonomía, y los derechos a los que da contenido, se vea restringida por concepciones colectivistas, solo en nombre del beneficio social. Implica, nuevamente, una visión centrada en individuos, no en entes colectivos; en la cual presuntos intereses supraindividuales jamás podrán desplazar derechos personales.

En definitiva, como es fácilmente observable, este individualismo no duerme muy lejos de aquella autonomía.

c) Ahora bien, el modelo liberal quedaría incompleto si no se reconociera, como bien lo destaca Nino, un tercer principio. Los dos primeros,

---

<sup>61</sup> Nino hace aquí una contraposición con ideologías de tipo holista y, principalmente, colectivistas, fácilmente extensible al utilitarismo, en el sentido aclarado.

al colocar a la persona humana como patrón de medida, sólo indican que la autonomía individual no puede ser sacrificada para incrementar la autonomía de otros. Pero al aplicarse esta regla también al propio interesado, un aspecto antiliberal o contra intuitivo parece surgir, al impedir cualquier arreglo voluntario que implique perjudicar la propia autonomía. Los individuos deberían estar sometidos así, paradójicamente, a una supervisión constante que descalificara aquellas decisiones perniciosas para aquel valor. A fin de evitar esta forma de inconsistencia, un principio ulterior viene a limitar el de la inviolabilidad, así como éste limitaba el de autonomía, el de la *dignidad de la persona humana*.

Sin ahondar demasiado en él, por resultar en esencia ajeno a las características liberales puestas hoy en juego, es dable destacar que, a su merced, las decisiones o actos voluntarios de los individuos pueden ser tomados como antecedentes válidos de obligaciones, responsabilidades o limitaciones de derechos. Se confiere así a los derechos un manejo dinámico, comprensivo de actos que impliquen su pérdida, adquisición o transferencia; aun cuando ello involucre una disminución de autonomía de algunos en relación a otros. De tal forma puede concebirse, y permitirse, el perjuicio *voluntariamente* provocado a uno mismo, en el sentido de perder autonomía, para que otros puedan incrementar la suya.

Así queda conformado el modelo de sociedad liberal, definido por sus componentes de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona humana, contrapuestos por Nino a posiciones perfeccionistas<sup>62</sup>, holistas<sup>63</sup> y de determinismo normativo<sup>64</sup>, respectivamente. Este modelo es perfectamente

---

<sup>62</sup> El perfeccionismo moral actuaría como antítesis de la autonomía individual, al entender que es misión estatal la imposición de ideales de virtud personal, en lugar de permitir la determinación libre de ellos y la prohibición de interferencias en tal sentido.

<sup>63</sup> Posiciones de índole holista, contrapuestas al principio de inviolabilidad de la persona humana, se caracterizan por admitir como principio la compensación interpersonal de beneficios y perjuicios, por reconocer la existencia de una entidad superior, cuya autonomía reclama mayor dignidad. En su manifestación colectivista, el grupo de individuos es personificado como un ente moral independiente con intereses irreductibles.

<sup>64</sup> En tanto todo acontecimiento está causado por factores de diversa índole, las acciones humanas voluntarias no *deben* ser tomadas como antecedente de obligaciones, responsabilidades, derechos, etc. Se infiere así de aquel determinismo descriptivo, una proposición normativa. Incurriría al hacerlo en una derivación ilegítima de juicios del “deber ser”, partiendo de juicios del “ser”.

compatible con el sentido liberal previamente introducido, comprensivo de una gama de derechos individuales fundamentales<sup>65</sup> protegidos frente a concepciones utilitaristas, que pretendan alegar el bien común para procurar su menoscabo. En este último aspecto interviene el principio de inviolabilidad de la persona humana, como “barrera de protección de ciertos intereses individuales frente a reclamos fundados en los intereses de otros individuos o de algún ente colectivo”<sup>66</sup>.

Delineado el modelo liberal de sociedad, resta analizar si una concepción como la definida por los principios mencionados subyace a la Constitución nacional y, especialmente, a su sistema de derechos.

Comencemos por el principio de autonomía personal. Desde los albores del constitucionalismo nacional, fórmulas análogas a nuestro actual artículo 19 fueron ensayadas. El reconocimiento del principio de autonomía es innegable en una Ley Suprema que excluye de control estatal las acciones privadas, las que no ofendan al orden y a la moral pública, y las que no perjudiquen a terceros. A su vez, en el marco de aquellos prerequisites para el desarrollo del ideal personal, el sistema de derechos consagrados en los artículos 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18 y 20 de la Carta Magna se orienta claramente a la materialización del plan de vida individual. Aun los nuevos derechos incorporados tras la reforma de 1994 marchan en igual sentido; tanto el derecho a un ambiente sano como la protección de usuarios y consumidores responden a una visión susceptible de traducción individual.

Sobra mencionar que mayor fuerza ha adquirido el principio de autonomía de la mano de tratados internacionales constitucionalmente jerarquizados, orientados a consagrar y defender los derechos más básicos del hombre en el camino de su realización personal<sup>67</sup>.

La inviolabilidad de la persona, por su parte, encuentra manifestación constitucional en aquellos mismos artículos. ¿O no es acaso una visión esencialmente individualista la concepción que ellos reflejan? Su centro se halla indudablemente en los individuos, no en entes colectivos. Son hombres o habitantes los destinatarios de aquellos derechos, no existiendo mención

---

<sup>65</sup> Cuyo contenido está determinado en base al principio de autonomía, orientado a la materialización de ideales personales.

<sup>66</sup> NINO, op. cit.

<sup>67</sup> Derechos del hombre, derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos civiles y políticos, prohibición de discriminación, torturas, tratos o penas crueles. Todas ellas son, en diversos sentidos, manifestaciones de autonomía.

alguna a la posibilidad de desplazarlos por consideraciones fundadas en presuntos intereses supraindividuales.

Pero bien podría alegarse que la limitación de derechos contenida en la cláusula inicial del artículo 14 constituye una concesión a visiones utilitaristas o colectivistas. No obstante, parece más razonable concluir<sup>68</sup> que tales restricciones son tales “en función de una ampliación del ejercicio efectivo del sistema total de derechos individuales y nunca en atención a consideraciones holistas”. Mayor elocuencia ostentan en tal sentido las garantías que concibe el artículo 18. La protección de los papeles privados, la inviolabilidad del domicilio o incluso el principio de reserva son claras muestras de la preeminencia liberal que baña nuestra Constitución; o por caso no sería en ocasiones socialmente beneficioso -sumando intereses individuales agregativamente considerados- sancionar leyes retroactivas o permitir allanamientos sin supervisión judicial.

Acreditados estos extremos, sumados a la relativamente simple comprobación de la aceptación del principio de dignidad de la persona humana<sup>69</sup>, el modelo liberal parece ser ínsito de nuestra práctica constitucional. Sin embargo, puede que esta conclusión provisoria resida en meras apariencias, de allí que sea dable preguntarse si no existen contra ejemplos.

Y de hecho, la respuesta parece ser *parcialmente* afirmativa. Así, concesiones al perfeccionismo empañaron el principio de autonomía en fórmulas transaccionales como la receptada por nuestro artículo segundo. Sostener el culto católico y exigir a todos la contribución material en tal sentido implica una clara afrenta a la autonomía, de la mano de preferencias de ciertos ideales por sobre otros. Estas mismas preferencias exigieron durante años la profesión del mismo culto por parte del presidente de la Nación. A su vez, legislaciones de igual índole han ganado grandes batallas ideológicas: la prohibición del divorcio vincular, censuras por razones de obscenidad o sacrilegio, aún frente a material dirigido a adultos, quizás incluso la actual exigencia de conducir utilizando siempre cinturón de seguridad, como medida de protección individual impuesta.

Mas lo cierto es que estas parecen ser meras nimiedades, particularidades anómalas que, lejos de dar sustento al sistema constitucional (y especialmente su catálogo de derechos), existen a pesar de él. Así, aun admitiendo estas ligeras concesiones antiliberales<sup>70</sup> (sin negar la posible

---

<sup>68</sup> NINO, op. cit., pág. 173.

<sup>69</sup> Los artículos 14, 17 y 18 parecen ir en esa dirección.

<sup>70</sup> Pero, por cierto, no a favor de enfoques utilitaristas, sino en pos de visiones perfeccionistas.

existencia de algunas otras), el liberalismo continúa ostentando un mayor asidero en nuestra Carta Magna, siendo aquellas no más que simples excepciones a lo que podría considerarse una regla general.

Para un mejor entendimiento, recurramos de momento a los orígenes históricos de nuestro constitucionalismo. Es quizás innegable que Alberdi contempló en sus Bases un modelo liberal por antonomasia. Económica y políticamente se enroló sin miramientos en un Estado abstencionista, partidario de un “dejar hacer”. Sus propias palabras lo relatan: “Gobernar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir la autoridad, es el mejor modo de hacerla estimable...”<sup>71</sup>. El modelo californiano que tanto lo sedujo no hubiera aceptado otro criterio.

Pero la concepción liberal no se limita a estas particularidades transitorias, que bien podrían ser ajenas al modelo de liberalismo aquí adoptado y destacado. Sus aguas bañan, por el contrario, lo más fundamental del contenido constitucional: sus derechos. Fue el temor de Alberdi, frente a Gobiernos totalitarios que alegaran el beneficio general o la crisis nacional para justificar una voluntad arbitraria y avasallante, lo que motivó un artículo como el 28<sup>72</sup>. No bastaba con consagrar en la Constitución todas las libertades y garantías posibles, si ellas hubieran podido ser burladas a voluntad mediante decretos o reglamentos que, so pretexto de aplicarlas, las anularen o falsearen. La limitación de derechos consagrada no podía ser utilizada como arma de vulneración de intereses individuales, de la mano de Gobiernos de turno, que juzgaran el bien común según sus propios criterios, lejos del criterio constitucional. De no existir una garantía de aquellos derechos individuales, la Constitución sería no más que “un prestidigitador de teatro que os ofrece la libertad; la tomáis, creéis tenerla en vuestra faltriquera, metéis las manos para usarla, y halláis cadenas en lugar de libertad. Las leyes orgánicas son los cubiletes que sirven de instrumento para esa manifestación de gobierno constitucional”<sup>73</sup>.

El Estado, aun como representante máximo del interés social, encontraba así coto a sus medios. El límite, aun subsistente, los derechos individuales (o su esencia).

---

<sup>71</sup> ALBERDI, op. cit., pág. 261.

<sup>72</sup> O, en sus palabras; Art. 20.- Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero *el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere su esencia.*

<sup>73</sup> ALBERDI, op. cit., pág. 250.

Ahora bien, la reseñada es una visión general de nuestra Constitución Nacional, que aparenta estar impregnada de liberalismo en sus contornos principales. Cabe preguntarse ahora si esta perspectiva puede traducirse *particularmente* al supuesto de la prisión preventiva sin condena posterior. Pero antes, en atención a los interrogantes que ya pudieran haberse planteado, será necesario efectuar un somero recorrido por la idea de conflicto normativo (y más precisamente constitucional), para dilucidar el problema planteado y analizar el mejor modo de resolverlo.

#### B) CONFLICTO NORMATIVO

La importancia de la determinación de la calidad conflictiva del interrogante planteado no es menor, ya que el resultado de dicha acción determinará, a su vez, la respuesta más correcta -al fijar la forma de resolución- a la pregunta formulada. Si bien sería difícil hallar consenso absoluto sobre esta última afirmación, podríamos matizarla manteniendo aun un considerable grado de utilidad. De la siguiente forma: desmenuzar el interrogante, procurando analizar sus componentes y determinar su naturaleza, nos permitirá seleccionar más acertadamente, al proveernos con una mejor comprensión del problema considerado, las herramientas de resolución con que cuenta nuestro “sistema” jurídico<sup>74</sup>.

En tal sentido, es fácil observar que los obstáculos que enfrenta el magistrado a la hora de dar solución al diferendo planteado pueden ser múltiples. Algunos versarán sobre hechos, otros, sobre el Derecho. En este último campo, las manifestaciones problemáticas son más numerosas y tienen ariscas aun más espinosas. Una manifestación de aquellos obstáculos se encuentra en lo que frecuentemente se denomina conflicto normativo. Y con mayor dificultad aún<sup>75</sup>, los conflictos constitucionales.

Esta categoría jurídica, cuya existencia intuitivamente analizada parece innegable, no es tan pacíficamente aceptada como la realidad pretende

---

<sup>74</sup> El término sistema es empleado en un sentido simplista y popular (como sinónimo de ordenamiento jurídico), comprensivo de un conjunto sistematizado de normas y principios jurídicos. Las disquisiciones que abre este solo concepto son harto extensas como para tratarlas en este escrito.

<sup>75</sup> Pues en estos casos conflictivos (que parecen tratar sobre principios y no sobre reglas, más allá de las enormes disquisiciones que merecería esta distinción) la solución no puede darse mediante el sistema clásico de restar validez a una norma frente a otra (con lo que el conflicto sería solo aparente), o consagrar a ésta última como excepción a aquella, a través de las herramientas tradicionales que fijan los criterios de jerarquía (*lex superior derogat inferiori*), cronológico (*lex posterior derogat priori*), de especialidad (*lex specialis derogat generali*), de competencia y de prevalencia.

mostrarlo. De hecho una enorme línea divide a quienes niegan el conflicto<sup>76</sup> (por entender que no existen verdaderas colisiones o contradicciones normativas, sino solo apariencias de tales, fácilmente despojadas mediante una adecuada interpretación) y quienes creen seriamente en su veracidad en ciertos casos, centrandos sus esfuerzos en la forma adecuada de resolverlos<sup>77</sup>.

En honor a la claridad, será necesario dejar de lado esta discusión para ahondar en el problema planteado y procurar su resolución. Pues aun si el conflicto que pueda presentarse (en el sentido de una situación en la cual un agente no pueda adecuar simultáneamente su conducta a dos o más normas igualmente aplicables al caso) fuera meramente aparente, una certera actividad interpretativa sería necesaria para despojar de sombras dichas apariencias.

El modelo clásico que presentan quienes reconocen el conflicto parece subdividir la realidad en dos formas principales de antinomias. Por un lado, aquellas tradicionales, “clásicas”, lógicas<sup>78</sup>. Por otro, una forma más compleja y de más difícil identificación, los conflictos constitucionales. La diferencia entre ambos radicaría en los elementos en juego; mientras las antinomias clásicas representarían conflictos entre *reglas*, el choque en el conflicto constitucional versaría sobre *principios*.

Todo lo demás (y aun esto para ciertos autores<sup>79</sup>) parece estar discutido. Sin embargo, una entre tantas consecuencias que se siguen de aquella fértil clasificación funciona en la práctica casi sin inconvenientes en cuanto a reconocimiento; pues los juristas hacen uso extensivo de ella en los casos concretos. Me refiero al método de resolución de controversias. Mientras los conflictos clásicos (entre reglas) se resuelven haciendo uso de mecanismos igualmente clásicos (los mencionados criterios *lex superior*, *lex posterior*, *lex specialis*); para la resolución de antinomias constitucionales (entre principios)

---

<sup>76</sup> Entre otros, siguiendo a Zorrilla, op. cit., JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999; HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Traducción de Jiménez Redondo, Madrid, 1998; FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos constitucionales*, Madrid, 2001.

<sup>77</sup> GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metafísica del derecho*, traducción de J. Ferrer, Barcelona, 1999; MORESO, Juan José, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, M, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2003; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1986, traducción de Garzón Valdés, Madrid, 1993.

<sup>78</sup> Del tipo, dado N1, se prohíbe correr en el predio escolar, N2, se permite correr en el gimnasio. O el ejemplo más común: N1, prohibido fumar en dependencias de la facultad; N2, permitido fumar en la sala de profesores.

<sup>79</sup> GUASTINI, R.; 1999, op. cit., es un escéptico sobre (entre otras cosas) la existencia misma de la categoría de principios.

se recurre a un método diferente, la *ponderación*<sup>80</sup>. Este mecanismo procura resolver disputas que no pueden ser resueltas a través de aquellos criterios clásicos, mediante una idea (metafórica, claro está) que parte de asignar peso a cada uno de los elementos en conflicto, estableciendo así una preferencia a favor de aquel considerado más importante. Si bien no existirían diferencias sustanciales o relaciones lógicas obligatorias que motiven esta distinción procedimental<sup>81</sup> (bien podrían, lógicamente, resolverse ambas formas de conflicto recurriendo al azar de la cara de una moneda, por ejemplo), una suerte de acuerdo institucionalizado hace funcionar este proceso.

Pero, nuevamente, el acuerdo culmina allí, y las diferencias no tardan en hacerse notar. Enormes desacuerdos se suscitan a diario sobre la determinación de los casos que versan sobre reglas, cuáles sobre principios, cómo se efectúa la ponderación, entre otras discordancias. Llevemos ahora esto a nuestro diferendo.

Frente a la pregunta esgrimida originalmente, solo dos respuestas son posibles. O corresponde indemnizar, o no. Bien podrían matizarse estas resoluciones haciéndolas depender de las circunstancias o aminorando el campo de aplicación de la regla, entre otras posibilidades<sup>82</sup>, pero la respuesta será igual de categórica, sí o no. En este apartado pretendo analizar el supuesto carácter conflictivo que tendrían, independientemente, ambas posibilidades, a fin de determinar el mejor mecanismo de solución del interrogante.

El primer punto a destacar es que, indudablemente, el diferendo planteado asienta sus bases en lo más hondo del constitucionalismo argentino. El contenido de los derechos en juego y la particularidad de los bienes afectados centran la cuestión en torno a la Ley Fundamental. Así, más allá de que exista o no un efectivo conflicto, los elementos en pugna parecen ser, esencialmente, principios. Las pequeñas referencias efectuadas y a efectuar sobre normativas de jerarquía inferior sólo pueden ser adecuadamente interpretadas y comprendidas a la luz de aquellos principios constitucionales.

Por lo tanto, descarto desde ya que las dudas que empañan la claridad de la respuesta procurada respondan a una antinomia entre reglas, resoluble mediante los criterios clásicos antes mencionados. Aligerada la carga posible de este navío de preguntas, al determinarse que de existir una antinomia en el caso concreto ella versa sobre *principios*, corresponde analizar su contenido.

---

<sup>80</sup> También denominada, en otros idiomas, bilanciamento o weighing and balancing.

<sup>81</sup> Esta parecería ser la tesis que al respecto defienden autores como Martínez Zorrilla (op. cit.).

<sup>82</sup> Ver en tal sentido Capítulo cuarto de este trabajo.

Pero antes es de suma importancia destacar que también pueden entrar en juego los denominados bienes constitucionalmente protegidos. Ellos actuarían como una suerte de categoría autónoma, constituida por “valores o principios reconocidos y protegidos por la Constitución y que, pese a no tener el estatuto de derecho fundamental, en ocasiones pueden limitar a éstos y prevalecer sobre ellos”<sup>83</sup>.

Así, la pregunta queda formulada de la siguiente forma: ¿Hay conflicto, en el caso que nos ocupa, entre derechos o principios constitucionales, o bienes constitucionalmente protegidos? Analicemos dichos elementos.

Aquellos que sostienen la aquí denominada tesis de la “irresponsabilidad estatal” probablemente alegarían que la respuesta negativa tiene asidero constitucional en principios (o acaso bienes protegidos) de suma importancia. Por un lado, y como punto de partida, se invocaría la Administración de Justicia. Este argumento de beneficio colectivo es la base misma de los restantes y, si bien no constituye un derecho de raigambre constitucional, nuestro Preámbulo se ha encargado de convertirlo en una obligación personal de cada ciudadano. Constituye un claro ejemplo de bien constitucionalmente protegido, enmarcado en ese resumen axio-teleológico de la Ley Fundamental.

En razón de esta obligación de indudable beneficio colectivo, cada ciudadano o habitante de la Nación se encuentra compelido a hacer todo lo posible para alcanzar aquel importante fin, al menos dentro de los límites que marca la propia Constitución. Otro deber colectivo (devenido en bien protegido) deriva de aquel primer pilar, el de contribuir a las cargas públicas. El aporte debido a la “Justicia”, en razón de su relevancia, es una carga pública por antonomasia.

Curiosamente, estimo que de seguirse esta línea argumental se invocaría también como argumento de negación la igualdad. La curiosidad reside en que este mismo principio (y derecho fundamental) es uno de los pilares, aunque con distinto enfoque y argumentos (claro está), de la tesis resarcitoria. Según la visión de irresponsabilidad, es precisamente en razón de este principio que todos y cada uno de los habitantes del país debemos contribuir al desarrollo de los fines colectivos, fijados por la Carta Magna. El circunstancial hecho de que la obligación que la administración de justicia implica sea eventual, pudiendo o no aparecer, permite que la igualdad no se vea afectada (sino todo lo contrario, enriquecida) por el sometimiento de

---

<sup>83</sup> MARTINEZ ZORRILLA, op. cit., siguiendo criterio del Tribunal Constitucional español.

algunos a las cargas propias de aquel fin. La obligación se halla siempre presente, aunque aletargada en un estado de latencia del que puede despertar en cualquier instante, y recaer en cualquiera que momentáneamente (por las circunstancias) deba atenerse a su cumplimiento. Sería desigual –para esta tesis- resarcir a quienes sufrieron por su deber efectivo, simplemente porque otros aun no han debido concurrir a su cumplimiento.

Un último bien parece contradecir la tesis resarcitoria, de la mano de una concepción utilitarista que prioriza el bienestar general mayoritario al defender intereses estatales. Este elemento final es, en pocas palabras, la solvencia estatal, sus recursos, el bienestar financiero del gobierno (nacional o provincial). Lógicamente, si cada imputado finalmente no condenado, privado de su libertad durante el proceso, puede atacar patrimonialmente las arcas estatales, un desmedro en tal sentido afectará perniciosamente el desenvolvimiento económico gubernamental. De ello se seguirían consecuencias directas previsiblemente negativas para aquellos beneficiados por las políticas estatales, y acaso indirectamente para la sociedad en su conjunto. No obstante, aun siendo posible considerar que la argumentación precedente es plausible, sería difícil estimar el beneficio económico estatal como un bien constitucionalmente protegido, mucho más dificultoso considerarlo como un principio. En otras palabras, tal vez mejores, aun reconociendo que la situación financiera del Estado es un fin deseable (al punto de dotar al Congreso de potestades suficientes como para procurar el progreso económico nacional<sup>84</sup>), merecedor de protección frente ataques infundados, su entidad no es tal como para tornar constitucional cualquier diferendo que pueda implicar un desembolso dinerario del Estado demandado. La protección no es tal como para impedir resarcimientos que se estimen justos. No obra, en tal sentido, como un bien constitucionalmente protegido, capaz de limitar derechos. De lo contrario, cualquier controversia que pretenda responsabilizar al Estado podría verse limitada con aquel simple argumento<sup>85</sup>.

En la vereda opuesta, la alternativa propuesta sostendría el derecho resarcitorio del encarcelado inocente en base a algunos de los siguientes

---

<sup>84</sup> Art. 75, inc. 19, Constitución Nacional.

<sup>85</sup> Lo categórico de las palabras finales de éste párrafo parece ser más propio, en realidad, de nuestra contemporaneidad. Pues el totalitarismo estatal ganó durante siglos batallas legales que pretendían responsabilizarlo patrimonialmente. Uno de los argumentos esgrimidos, el Estado representa el beneficio colectivo, no es una persona ajena a la propia sociedad, y ella no podría atacarse a sí misma (con más o menos frialdad, es ésta la idea subyacente a toda tesis de irresponsabilidad estatal absoluta que se ha sostenido).

elementos: libertad, inocencia, deber de no dañar a otro, reparación, igualdad. Analicémoslos.

Es indudable que los principios (no creo que se abriguen muchas dudas sobre esta calidad) de libertad e inocencia intervienen profundamente en la discusión tratada. Pero estimo que su papel principal los involucra en una etapa anterior. Y es que el centro del meollo es el resarcimiento -posterior al sobreseimiento o absolución- de quien sufrió un encarcelamiento preventivo. La libertad se vio indudablemente afectada, acaso en base a criterios similares a los que sostienen la irresponsabilidad patrimonial del Estado por estos actos lícitos, cuando el imputado fue privado de ella, pero en nuestro interrogante ella ha sido ya recuperada. Ciertamente son los daños sufridos en derechos como éste los que pueden motivar la reparación, pero la libertad no colisiona directamente con algún otro principio que niegue reparación, simplemente porque ella tampoco la sostiene directamente.

Algo similar ocurre con el principio de inocencia. Su papel en la discusión tendrá mayor relevancia, especialmente al determinar los casos de procedencia de la indemnización requerida; pero nuevamente su rol principal se desenvuelve en una discusión cronológicamente anterior. Aparecerá con fuerza cuando se critique la prisión preventiva como institución. De hecho, Guastini<sup>86</sup> sostendría que es éste el ejemplo paradigmático de una colisión de principios *in abstracto*<sup>87</sup>.

A su vez, la inocencia será argumento en pos de la reparación, pero no colisionaría, en calidad de principio, con ninguno de los mencionados a favor de la tesis opuesta. Así, la administración de justicia se ejercita para comprobar la calidad de inocencia, la igualdad implicaría que todos (inocentes y culpables) pasen por el filtro judicial de categorización, si así es necesario en base a sospechas fundadas y probabilidades establecidas.

Otro principio debe descartarse como objeto de colisión, el de la reparación plena o integral. Su papel se centrará también en otro plano, aunque ahora posterior. Sólo juega este principio una vez determinada la responsabilidad, de allí que su rol esencial quede supeditado a la resolución afirmativa del interrogante planteado.

La igualdad, por su parte, tiene en nuestro caso una naturaleza compleja. El argumento de igualdad que propone la mayoría tiene una gran

---

<sup>86</sup> GUASTINI, R.; 1999, op. cit.

<sup>87</sup> Posibilidad descartada por la mayoría de los autores, quienes estiman que los principios, a diferencia de las antinomias clásicas entre reglas, sólo podrían colisionar en el caso concreto.

dosis de atractivo y una aparente consistencia lógica. Pero ello no quita que el principio sirva también como argumento resarcitorio. Se verá por qué en el siguiente apartado. Sin embargo, a los fines de determinar su posible contradicción con alguno de los elementos de la tesis de irresponsabilidad, es dable destacar que tal antinomia es inexistente, al menos en este supuesto en que las dudas derivan de apariencias extirpables. Y es que los “conflictos” que puedan surgir se circunscribirán a diversos ángulos interpretativos de un mismo principio. Así, la igualdad podrá ser vista con enfoques diversos, aunque tomemos posición sobre uno de ellos en particular. Al apartado C) me remito.

Resta ahora analizar el posible eje central de la tesis resarcitoria. Me refiero al principio de no dañar a otro (*alterum non laedere*). Este principio, acaso implícito en nuestra Constitución, resultado de una interpretación judicial de la propia Corte Suprema sobre el art. 19 de nuestra Ley Fundamental<sup>88</sup>, determina que todo daño injusto deberá ser resarcido. Por supuesto, la ambigüedad del principio motiva diversas interpretaciones del término justicia, entre otros factores igualmente discutidos.

Lo cierto es que, aún con discusiones de por medio, también aquí, y como conclusión final, debemos descartar la idea de conflicto normativo. La administración de justicia, y su adecuado cumplimiento no obstan una adecuada reparación, una vez que aquel valor fundamental haya sido servido. El sometimiento a prisión fue a su vez carga suficiente, a la que adecuadamente ha contribuido el imputado, no siendo óbice de una indemnización pecuniaria por las molestias ocasionadas en pos de aquel fin al que la carga se encaminaba. La idea de igualdad, como se ha destacado, tiene diversos enfoques posibles, de los cuales (por razones que luego serán profundizadas) convence en mayor medida el que propicia igualar frente al daño actualmente acaecido, no en base a la posibilidad siempre latente. Así, nuevamente, el conflicto queda descartado, o se presenta como aparente.

La antinomia, en cambio, es innegable entre resarcimiento y solvencia estatal. El principio de no dañar a otro trae como consecuencia que el perjuicio provocado sea mitigado en la –casi- única forma posible, pecuniariamente. Ello trae consigo un desembolso monetario (a cargo del Estado) capaz de afectar sus recursos económicos. Sin embargo, razones prácticas y otras teóricas (que de hecho parecen acercarse mucho a la ponderación) motivan que el detrimento financiero no sea obstáculo suficiente para la reparación, afirmación casi indiscutible a la vista de casi cualquier sujeto versado en

---

<sup>88</sup> Causa Santa Coloma. “*Naeminem laedere*”, principio de raigambre romana, máxima del derecho italiano, hoy con jerarquía constitucional en base a este fallo.

derecho en la actualidad. El Estado, hoy, responde por los daños (injustos<sup>89</sup>) que por su costa se infieran. El beneficio económico, en el sentido expuesto, no es siquiera un bien constitucionalmente protegido, al menos frente a esta clase de casos genéricos. De allí que no pueda desplazar con argumentos consecuencialistas la protección de derechos fundamentales.

Descartado el conflicto normativo, la tarea argumental, lejos de facilitarse, se torna aún más compleja. Si, hipotéticamente, el caso tratado pudiera reformularse en forma de antinomia constitucional, la idea ya consolidada de ponderación<sup>90</sup> aligeraría la carga de justificación de cualquier postura a tomar. Más allá de los muchos métodos existentes para llevar a cabo aquel método resolutivo, bien se podría estipular alguno como el propio a seguir y asignar peso a cada elemento. La fuerza liberal de la Constitución, de la cual se impregnan muchos de sus principios, inclinaría casi con certeza la balanza a favor de la reparación, frente al derecho individual afectado.

Pero ante la imposibilidad de proseguir de tal manera, será entonces menester recurrir a otra forma de resolución del interrogante planteado. Para ello debemos, primeramente, descubrir cual es el inconveniente, ese aparente impedimento que dificulta hallar o justificar plenamente la respuesta a la pregunta formulada. Podría ser acaso otra forma de indeterminación normativa. Quizás tenemos problemas para hallar una respuesta plenamente satisfactoria, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, precisamente porque ella se encuentra jurídicamente indeterminada<sup>91</sup>. Se requeriría entonces simplemente un acto de voluntad. En calidad de intérpretes deberíamos crear una norma, a falta de una que satisfaga plenamente frente al caso concreto. El temor frente a la discrecionalidad que esto parece implicar debería, en tal

---

<sup>89</sup> Si bien se ha aclarado que enormes disquisiciones nublan la claridad del término, existe un cierto grado de consenso sobre la doble dirección que caracteriza a la injusticia del daño. Así, el daño será injusto (y motivará, como regla, la responsabilidad del dañador) tanto cuando quien lo cause carezca de derechos para hacerlo, como cuando se estime falto de equidad el hecho de que lo sufra específicamente quien padece las consecuencias del acto dañoso. Se prioriza la reparación del daño, al analizar su injusticia desde una doble perspectiva: dañador y dañado.

<sup>90</sup> Principalmente en base a las ideas de DWORKIN, Ronald; *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978. Versión castellana de M. Gustavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>91</sup> Positivamente hablando.

supuesto, ser aminorado<sup>92</sup>, procurando que la solución ensayada se ofrezca de manera “racionalmente justificada”<sup>93</sup>. Así, aun si una laguna normativa puede significar que no haya una respuesta unívoca<sup>94</sup>, ello no impediría un cierto grado de control, gracias a los parámetros genéricos de la racionalidad. A ello tiende en realidad la ponderación, a justificar la creación judicial de una norma inexistente. Según un criterio universalista, este control podría ser formalmente extendido a otros casos genéricos a los cuales se aplique la regla que se habría sentado voluntariamente, posibilitando un procedimiento subsuntivo.

Pero ya hemos visto que existen varias normas, y de diversa jerarquía, directamente aplicables al caso concreto y que, sin embargo, parecen encontrarse en un cierto grado de armonía lógica entre sí. De manera que el sistema denota una consistencia lógica (en el sentido de falta de contradicción en el área específicamente tratada) que impide recurrir al método ponderativo.

Sin embargo, la aplicación lisa y llana de la normativa propia de la prisión preventiva, y la limitación de reparación simplemente a supuestos de arbitrariedad, no acaba de satisfacer por completo, aun en un nivel intuitivo. Este recelo de la intuición, tal vez guiado por desacuerdos axiológicos, tiene un origen racional, hasta ahora solo esbozado. Y es que el conflicto, en apariencia lógica inexistente, en efecto, existe; solo que se ubica en un nivel diferente, no ya lógico, sino valorativo. La razón, las normas jurídicas expresamente aplicables, aún consistentes entre sí y las restantes normas y principios, *no son coherentes con la institucionalidad del sistema jurídico nacional*.

### C) COHERENCIA INSTITUCIONAL

Una adecuada argumentación jurídica se diferencia, y debe hacerlo, de las formas argumentales propias de áreas prácticas (por ejemplo, argumentaciones de tipo moral o político), en que las decisiones jurídicas, y en

---

<sup>92</sup> El acto podría ser esencialmente discrecional y responder al absoluto arbitrio del juzgador, pero la práctica jurídica pretende, con razón, huir a esta clase de situaciones.

<sup>93</sup> Según palabra de MARTINEZ ZORRILLA, op. cit.

<sup>94</sup> MacCORMICK nos diría que se trata de un “problema de relevancia”. Ellos suponen una indeterminación normativa que impide considerar que haya una única respuesta, ya sea por exceso –en el caso de una antinomia- o bien por defecto –frente a una laguna normativa.

particular las decisiones judiciales, poseen lo que Manuel Atienza<sup>95</sup> denomina carácter **institucional**.

Según este autor español<sup>96</sup>, un sistema jurídico es mucho más que un mero conjunto, más o menos sistematizado, de normas (y de enunciados no normativos) de diversos tipos. Un Derecho es, también, un conjunto de **instituciones**. Este enfoque permite dar cuenta de tres aspectos cruciales, sólo propios de esta “ciencia”.

En primer lugar, las normas tienen una existencia interrelacionada. Su esencia colectiva motiva la formación de constelaciones normativas que, al superar la presencia en apariencia aislada de cada norma jurídica dentro del sistema, dota a estas de su verdadero sentido. En una simple analogía, las normas serían cada ladrillo que construye, uno a uno pero conjuntamente, una habitación (en nuestra representación, la institución).

En segundo lugar, esta última noción contiene un elemento funcional ausente en las normas. Esto es, lo que define a una institución son las finalidades, necesidades sociales, valores, etc., a que la misma obedece. Así, es esta simple idea de fin o valor la que permite cohesionar normas en aquella unidad superior.

Por último, y como consecuencia de lo antes dicho, la institución tiene una característica de permanencia en el tiempo que excede la relativa durabilidad de la norma. Pues una modificación normativa no implica, necesariamente, una modificación en la construcción institucional.

*“En definitiva -dice Atienza-, podría decirse que una concepción institucional del Derecho lleva a: rechazar una concepción atomista de lo jurídico; enfatizar la importancia de los principios...; destacar la idea de coherencia (de no contradicción axiológica o funcional) frente a la de simple consistencia (no contradicción lógica)”.*

De aceptarse este razonamiento, que estimo difícil de rechazar (al menos en su totalidad), necesariamente debe aceptarse que esta institucionalidad implica un fuerte condicionamiento para la argumentación jurídica. Pues, por un lado, toda decisión judicial estará limitada por las normas vigentes (principalmente la Constitución Nacional), los precedentes e incluso, en alguna medida, por la dogmática jurídica. Por el otro, un efecto expansivo surgirá de la existencia de instituciones, “al posibilitar la toma de

---

<sup>95</sup> ATIENZA, Manuel; *Tras la Justicia, Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993.

<sup>96</sup> ATIENZA, Manuel, op. cit. Seguiremos a este autor en los párrafos siguientes, sin descartar otras consideraciones similares de otros tantos autores.

decisiones (y la argumentación racional a favor de ellas) respecto a problemas que de otra manera permanecerían sin solución, dificultando o haciendo imposible la vida social”.

Más allá de la gran relevancia de las consecuencias que pueden seguirse de este criterio institucional, deseo ahora remarcar una de ellas, la idea de **coherencia**. Con esta noción, la evaluación de las decisiones jurídicas excede los límites meramente lógico-legales, para entrar a considerar otros aspectos. Así, el carácter justificado de la sentencia (que resuelva particularmente un caso como el analizado) no se predicará por la sola consistencia de la decisión respecto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el análisis será aun más profundo y, dado el carácter institucional del fallo a dictarse, deberá examinarse si el mismo (o, mejor dicho, la doctrina que el mismo sienta, su *ratio decidendi*) puede “integrarse coherentemente en el ordenamiento jurídico o si, por el contrario, erosiona instituciones importantes del mismo”.

Por cierto que Atienza no es el ideólogo detrás del término, ni el único exponente de la corriente que él implica. En una marcada y explícita orientación coherentista se sitúa, por ejemplo, la teoría de Susan Hurley<sup>97</sup>. Si bien la complejidad de la misma excede los propósitos de este trabajo, es dable delinear los contornos básicos que la guían. Siguiendo a Martínez Zorrilla<sup>98</sup>, podemos decir que, en términos generales, el “coherentismo” es una concepción teórica que postula la posibilidad de elaborar una teoría, a partir de la deliberación, que presenta de la mejor manera posible, como coherentes, las relaciones entre las razones para la acción que entran en conflicto en relación con el caso que tiene que ser decidido.

Con mayor simpleza, esta tesitura procura resolver el conflicto (en el sentido de decisión del caso concreto) analizando las razones en juego (hemos visto ya los argumentos encontrados para dar respuesta a nuestro interrogante), llegando a una respuesta sobre una base deliberativa que culmina en un enunciado teórico (el más plausible para dar solución al caso tratado).

Este proceso deliberativo parte de la especificación del problema, determinando las alternativas posibles.

Una segunda etapa examinará con mayor detenimiento las razones que le dan sustento, procurando descubrir sus propósitos subyacentes.

---

<sup>97</sup> HURLEY, Susan L.; “Coherence, hypothetical cases and precedent”, Oxford Journal of Legal Studies, 1990.

<sup>98</sup> Op. cit.

Es en la tercera etapa donde el proceso adquiere mayor originalidad. Aquí, la autora propone salir (formalmente) del caso bajo análisis –para el cual la respuesta es controvertida- para analizar otras situaciones, reales o hipotéticas, en las que jueguen las mismas razones, pero sobre las cuales hay consenso suficiente como para considerar que el resultado es, según su terminología, paradigmático<sup>99</sup>.

Tras este paso da inicio el verdadero núcleo deliberativo. Aquí el juzgador o intérprete buceará en los fundamentos que estima sostienen las soluciones de los casos paradigmáticos seleccionados en la etapa anterior. Elaboraciones hipotéticas en tal sentido procurarán determinar las dimensiones específicas (no valorativas) de tales casos que contribuyen a aumentar o disminuir el peso relativo de cada fundamento, de cada razón en pugna.

La quinta y última etapa implica, lisa y llanamente, decidir la prevalencia de una de las alternativas, de acuerdo a las consecuencias que se siguen de la mejor teoría formulada. La clave decisoria, estimo, es la coherencia. Lógicamente, el sistema se sostiene sobre este pilar, dando en el caso concreto una prevalencia a la teoría que guarde mayor coherencia con la institucionalidad del sistema (manifestada, según este criterio, a través de uno o más casos paradigmáticos).

Este acercamiento, aunque esquemático, cumple con suficiencia el rol de adentrarnos en una forma (no única) de resolución de controversias fundada en la idea de coherencia.

Dos consideraciones principales deben resaltarse respecto de lo antes dicho. En primer lugar, la noción de *institucionalidad*. En virtud de este carácter de la argumentación jurídica, la justificación judicial debe obedecer a ciertos parámetros institucionales de un contexto que se vuelve, para sus destinatarios, vinculante. En el supuesto concreto que hoy nos ocupa, este contexto lo marca, principalmente, nuestra Ley Fundamental.

La segunda idea a enfatizar, derivada esencialmente de la aplicación práctica de la anterior, es la de *coherencia*, en el sentido de no contradicción

---

<sup>99</sup> El escape procurado no parece alejarse mucho de la argumentación analógica, aunque la importancia del proceso se centra en la relevancia acordada a dicho instituto y en la forma de aplicarlo.

axiológica, funcional o valorativa entre la solución al caso concreto y el contexto institucional en que dicho caso es resuelto<sup>100</sup>.

Con esta base a cuestas, retomemos la esencia fáctico-teórica de nuestra discusión, y apliquemos el test de coherencia a la decisión sustentada por nuestra Corte Suprema.

En pocas palabras, y recordando, la cuestión a resolver aquí es si podemos justificar la legalmente correcta privación de la libertad de un sujeto inocente, **sin reparar el daño así sufrido**, tan solo porque la producción de tal menoscabo se orientaba a la consecución de un bien colectivo de gran importancia. Si entendemos al bienestar general como defensa suficiente para rechazar indemnización alguna, aceptaremos sin cortapisas una tesis utilitarista. Ahora bien, ¿puede el mayor bien del mayor número justificar el detrimento de las libertades individuales? Si esto es así, ¿lo es sin límites? Tomando las palabras de Ronald Dworkin para referirse al extremo procedimental basado en el cálculo costo-beneficio, “¿podría este frío enfoque utilitarista ser consistente con nuestra ferviente declaración que el inocente tiene el derecho de quedar en libertad?” Esto es, **la tesis denegatoria mayoritaria, ¿es coherente, axiológica y funcionalmente, con el espíritu y letra de nuestra Constitución?**

Cabe destacar que, si estimamos que el inocente afectado en sus libertades fundamentales tiene derecho a una reparación pertinente, no sería ésta la primera ni la única situación en la cual el Estado pueda verse obligado a reparar un daño ocasionado como consecuencia de un obrar eminentemente lícito. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han vacilado en consagrar, de la mano de principios constitucionales, la responsabilidad estatal por actos que impliquen una actuación legítima del poder público. Se ha entendido que aun el ejercicio de una facultad consagrada tiene límites consustanciales cuyo traspaso genera responsabilidad<sup>101</sup>. En el ámbito del derecho privado instituciones como el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa ilustran la cuestión. En el ámbito del derecho público, más cercano al tema que hoy

---

<sup>100</sup> No es ocioso destacar que la importancia de la idea de coherencia es independiente del método utilizado para su aplicación. Esto es, el proceso coherentista propuesto por Hurley es solo una aproximación práctica al modo de resolución de casos según esta noción, que no obsta la posibilidad de desarrollo de otras formas viables. El método de Hurley es entonces, a los fines de este trabajo, meramente orientativo, aunque puedan verse algunos de sus rasgos en la argumentación esgrimida.

<sup>101</sup> ILDARRAZ - ZARZA MENSAQUE – VIALE; “Derecho Constitucional Administrativo”, Ed. Eudecor, 2º edición, pág. 599.

nos ocupa, el ejemplo clásico es la expropiación, sustentado por principios constitucionales como la garantía de la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas. De hecho, el art. 17 de nuestra Constitución Nacional es considerado por los autores citados, entre otros<sup>102</sup>, como analógicamente aplicable a los demás casos del accionar lícito de la Administración.

Ahondemos en esta analogía, dejando destacado desde ahora que el proceso expropiatorio lleva agua al molino liberal. Nuestra Constitución se preocupó, al consagrar el artículo 17, por el respeto a los derechos individuales, aun frente a necesidades colectivas. Así, aún concediendo una suerte de preeminencia temporal al beneficio social, se entendió que el poder estatal no podía servir de base al avasallamiento de derechos personales. Es por ello que, aun frente a un daño “necesario” (para alcanzar un bien general), el afectado debía ser mantenido en la mayor indemnidad posible.

Aclaración cumplida, retomemos el argumento esbozado. La expropiación configura, inexorablemente, un obrar legítimo del Estado (en tanto se ejerza dentro de los límites impuestos). No solo lícito, sino constitucionalmente consagrado. En su virtud, el Estado está facultado para privar a un habitante de la Nación de su propiedad (recordemos que se trata de un derecho fundamental). No obstante, tal potestad reconoce como límite, a más de la necesidad de calificar legalmente tal acción como de utilidad pública, la indemnización previa. En consecuencia, aquel sujeto que se vea privado de su propiedad, deberá quedar indemne frente a los daños sufridos. El principio precitado de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 C.N.) exige tal solución, pues se estima que, si bien todo habitante del país puede *eventualmente* verse afectado por un acto expropiatorio, aquel que efectivamente sufra tal perjuicio contribuirá al bienestar general por encima de lo exigido al colectivo poblacional.

Estimo que, siguiendo el argumento general de la Corte sobre la idea de tributo social, el daño aquí producido sería de una *anormalidad* considerablemente mayor que la posiblemente predicable de los perjuicios derivados de la prisión preventiva, y acaso por ello este supuesto merece reparación y el de la prisión preventiva no lo hace. En otras palabras, que procuro luego profundizar, el fundamento resarcitorio en un caso u otro reposaría, simplemente, sobre una noción cardinal de mayor o menor

---

<sup>102</sup> BIDART CAMPOS, Germán, op. cit.; GHERSI, Carlos A.; “Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales (La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de “privación legítima de la libertad” y su obligación de reparación del daño individual)”; LexisNexis Jurisprudencia Argentina, 1994.

frecuencia (que sirva para determinar la normalidad o anormalidad de los daños causados).

En definitiva, como es dable observar, aún si nuestra Constitución consagra la posibilidad de restringir derechos fundamentales (en este caso la propiedad) cuando ello responda a una causa de utilidad pública, lo hace con la inexpugnable obligación de indemnizar todo detrimento injustamente sufrido, para beneficio del colectivo social. Es decir, aventurando ya una comparación, un derecho constitucionalmente consagrado sólo podría ser afectado legítimamente si está acompañado de las condiciones pertinentes para asegurar la indemnidad del afectado. Al menos, en tanto y en cuanto tal afectación no sea sufrida por la sociedad en su conjunto, pues aquí es la igualdad el principio a proteger.

Procuremos confirmar la analogía. En el marco del proceso penal, la prisión preventiva responde, al igual que la expropiación, a una causa de utilidad pública (en este caso la adecuada administración de justicia o su afianzamiento<sup>103</sup>). Es igualmente una institución legítima, reconocida y aceptada por todas las provincias y por nuestra propia Constitución, a través de ciertos tratados internacionales con jerarquía constitucional<sup>104</sup>. También se asemeja a la situación planteada por el art. 17 de la C.N., en tanto se estaría igualmente privando a una persona de un derecho fundamental -aunque en este caso de indudable mayor jerarquía, como lo es la libertad-. De igual forma, todos los individuos que residan en el país podrían ser, *eventualmente*, sometidos a un encarcelamiento preventivo.

En consecuencia, en ambos casos nos encontramos frente a un deber eventual, afectador de derechos fundamentales, que recae sobre todos los habitantes de la Nación, susceptible de efectivizarse cuando las circunstancias del caso así lo indiquen.

Siguiendo esta línea argumental, una nueva premisa (que será seguida de otra) aparece a favor de la tesis defendida:

**a) Igualdad ante las cargas públicas:** De lo antes dicho sería lógico concluir que, aquel sujeto que efectivamente vea conculcada su libertad ambulatoria (siendo inocente del delito que se le imputa), aún por un obrar estatal legítimo como el indicado, está contribuyendo al fin social perseguido (correcta aplicación de la ley penal y afianzamiento de la justicia) en forma

---

<sup>103</sup> Según versa el Preámbulo de la Constitución argentina.

<sup>104</sup> Pacto de San José de Costa Rica, art. 7º, inc. 5º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9º, inc. 3.

proporcionalmente más gravosa que la exigida al resto de la sociedad. Corolario lógico de tal razonamiento (de ser válido o verdadero) es la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas en tanto no se otorgue una indemnización que repare el menoscabo sufrido en pos del bienestar general. Solo así podría considerarse consolidada, al menos imperfectamente, la igualdad consagrada.

Pero se ha destacado con anterioridad que este mismo principio (igualdad) es tomado por ciertos partidarios de tesis negatorias como estandarte de defensa de su propia corriente de pensamiento. La diferencia radicaría en la forma de aplicación del principio. Mientras que la tesis de irresponsabilidad estatal se apoya en la eventualidad permanente del sometimiento a prisión preventiva, capaz de recaer sobre cualquier persona que habite el suelo argentino (con lo que se consagra un trato igualitario en un sentido); la alternativa propuesta defiende una igualdad sustancialmente efectiva. Es en defensa de esta última concepción que se cita la expropiación como modelo constitucional aplicable a casos análogos. En su virtud, quien se vea injustamente afectado por un encarcelamiento<sup>105</sup> debe ser colocado (tanto como sea posible) en la situación en que se encontraría de no haber sufrido el mal impuesto. La igualdad se predica así efectivamente respecto de todos los habitantes, quienes han tenido la fortuna de no verse sometidos a tal situación y quienes deban en efecto cumplir una pena privativa de la libertad en razón del delito cometido. El próximo argumento resurgirá este último aspecto.

Pero antes indagemos los motivos de aquella diversidad interpretativa entre los supuestos de prisión preventiva y expropiación, sobre la base de la igualdad. Estimo, en tal sentido, que dos pueden ser las causas circunstanciales de mayor envergadura.

La primera de ellas sería la mayor excepcionalidad de la expropiación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación justifica el rechazo indemnizatorio sobre la base de la normalidad del daño causado por el encarcelamiento cautelar. Sólo perjuicios *anormales* darían fundamento a un resarcimiento. Por supuesto, esta *ratio decidendi* genera grandes dudas ante la vaguedad del término, pero podríamos acordar que la normalidad se define por el ajustamiento de la conducta o situación a una norma fijada de antemano. Pero ya pudimos destacar (y lo haremos luego en mayor profundidad) que los perjuicios que sufren los prisioneros distan de ajustarse a la normativa vigente. Y aun si la normativa se cumpliera a rajatabla, caso a caso, no habría, utilizando este criterio, justificativo alguno para apartarse de los fundamentos

---

<sup>105</sup> La injusticia reside, cuanto menos a los ojos del afectado, en la inocencia *a posteriori* demostrada.

que guían la expropiación, cuyo desarrollo efectivo se presume, también, dentro de los límites de la normalidad (entendida como ajustamiento a la normativa vigente), pero genera un indudable derecho de crédito.

Por lo tanto, acaso la normalidad tampoco deba interpretarse de esta forma, sino como parámetro de ocurrencia, como reflejo de comportamiento mayoritario. La normalidad sería así una escala cardinal, de mayor o menor frecuencia. Por cierto que un enfoque intuitivo no dudaría en determinar la anormalidad relativa de un sujeto cuyo comportamiento se aleja del parámetro social de conducta, fijado por los usos o costumbres mayoritarias. Pero si es éste el significado atribuido, la solución propuesta nuevamente se demuestra *incoherente*. No sería, pues, más que una manifestación de la sociedad costo-eficiente de Dworkin. La base liberal antes destacada escaparía siempre a estas consideraciones utilitaristas, de naturaleza indudablemente consecuencialista. Que más de treinta mil personas<sup>106</sup> se encuentren en prisión preventiva (aproximadamente un 60 % de la población carcelaria nacional) y casi diez mil sean probablemente declaradas inocentes, frente a un número considerablemente menor de personas sujetas a expropiaciones, no es justificativo suficiente, según nuestra esencia liberal, para interpretar de forma dispar disposiciones profundamente análogas.

Tal vez la idea de daño normal, que no implique un sacrificio desigual, deba entenderse de otra forma. El parámetro de igualdad podría ser la situación de los restantes prisioneros. Mientras que los perjuicios sufridos por todos ellos se encuentren en un estado de relativa equidad (por graves que fueran), no habría resarcimiento posible. Pero esta concepción, si bien atendible, no tiene sustento causalmente jurídico, más que la idea de igualdad entre iguales. Por lo que no sirve para desentrañar la raíz de discrepancia a la hora de analizar el término igualdad, o su aplicación para justificar o rechazar la indemnización pretendida<sup>107</sup>. Esta noción de normalidad e igualdad solo actuaría como derivación práctica de la adopción personal de la tesis utilitarista mencionada, manifestada en la idea de carga general eventualmente impuesta a todos los miembros de la sociedad.

---

<sup>106</sup> Según datos oficiales antes mencionados.

<sup>107</sup> Del simple hecho que ciertos prisioneros sufran los perjuicios del encarcelamiento preventivo de forma igualmente gravosa, no se sigue que los daños padecidos deban ser soportados sin reparación alguna. Lógicamente, sería sí desigual resarcir a quien ha sufrido de igual forma que aquel a quien la indemnización le ha sido negada. Pero ello no quita ni agrega nada al problema planteado, ya que la discusión se centra en si el daño (mayor o menor, pero sufrido por quienes se hayan en iguales circunstancias) merece reparación, independientemente de que la misma haya sido antes rechazada.

Lo cierto es que la decisión fundada en cualquiera de los significados propuestos de normalidad parece erosionar profundamente otras instituciones, mucho más firmes y arraigadas, del ordenamiento jurídico argentino. Así, la incoherencia de la resolución negativa, justificada en este criterio, es claramente observable a la luz de los lineamientos liberales que sigue el proceso expropiatorio<sup>108</sup>, como paradigma de protección de derechos individuales frente a embates estatales legítimos.

La segunda circunstancia de divergencia interpretativa (sobre el término igualdad), aun más débil, escapa lo jurídico para adentrarse de lleno en una ideología utilitarista. Me refiero, en esencia, a los antes denominados argumentos no confesados. Penar por si acaso, no mostrar debilidad, aparentar justicia inmediata y efectiva ante sectores sociales fácilmente influenciables y políticamente desequilibrantes. Todas éstas constituyen manifestaciones de interpretaciones fundadas en intereses mayoritarios. En estos supuestos, la idea de igualdad es casi democrática, sujeta a las apreciaciones de los más numerosos. Claro que la importancia de esta motivación no se condice con su pobre seriedad jurídica. De allí que solo quepa mencionar su posible existencia, pero centrar luego el ataque solo en los argumentos esgrimidos.

Con tal propósito en mira, una nueva premisa puede desarrollarse para apoyar la conclusión arribada, y fortificar el peso de la interpretación sostenida respecto de la idea de igualdad:

**b) Desigualdad de la indemnización en especie del condenado:** Otra particularidad de nuestro sistema procesal penal, que nubla la supuesta transparencia del instituto de la prisión preventiva, se halla al considerar sus efectos en caso de condena efectiva. Aplicando la tesis que hoy rechazamos, el lapso de tiempo que transcurre un individuo privado de su libertad, en el marco de un proceso penal, es una consecuencia necesaria del deber colectivo de afianzar la justicia. Nada debe el Estado al particular por cumplir el deber impuesto, debiendo él absorber las consecuencias perniciosas que tal obligación acarrea. El imputado no habría sido desigualmente tratado, pues todos los habitantes del país podrían haberse visto afectados de igual manera, si las circunstancias así lo hubieran determinado.

---

<sup>108</sup> Al proteger al individuo como unidad moral, frente a cualquier ataque que pretenda legitimarse en necesidades colectivas de corte utilitarista. El sistema de derechos fuertemente consagrado por nuestra Constitución sigue dicho sendero, del cual el modelo expropiatorio es solo el estandarte.

Pero en caso de condena efectiva, el tiempo transcurrido en prisión preventiva, lejos de ser considerado como una medida cautelar previa y absolutamente independiente a la posible pena a imponerse, se deduce del total de la condena impuesta<sup>109</sup>.

Esta desigualdad incongruente entre culpabilidad e inocencia puede ser explicada de dos formas.

Por un lado, es dable considerar que la prisión preventiva es utilizada en la realidad como verdadera pena –no como medida cautelar- y, al decir de Eugenio Zaffaroni<sup>110</sup>, el juicio oral y público es sólo una suerte de recurso de revisión contra ella. Por el otro, la deducción temporal obraría como una indemnización en especie a favor del condenado, en calidad de reparación por los daños ya sufridos durante la prisión preventiva.

Si entendemos que la realidad se acerca a la primera explicación, nos hallamos ante un avasallamiento incuestionable de nuestra Ley Suprema y el principio de inocencia en ella consagrado. Si estimamos más apropiada, o forzosamente necesaria la segunda (indemnización en especie), estamos, o bien convalidando una desigualdad; o bien encubriendo (con esta idea reparadora) un deseo popular con olor a venganza, penando la sola sospecha que sobre sí parece haberse instaurado un inocente. Por más fidedigna que pueda ser esta última concepción, ella no puede prosperar en un Estado de Derecho como el que procuramos defender.

Solo nos resta aceptar, como única opción viable, que nuestra ley abiertamente recepta y aplica un trato desigual, y que la balanza de nuestra justicia se inclina -paradójicamente- a favor del condenado.

De más está explicitar que esta situación es incoherente con los principios constitucionales antes destacados y que hacen a la institucionalidad de nuestro sistema normativo. De hecho, la contradicción axiológica entre este supuesto y la idea de igualdad antes reconocida es de proporciones aun más gravosas. Pues aquí este valor fundamental parece operar sin mayores disquisiciones interpretativas, que pudieran justificar la incongruencia de un trato tan antagónico. Sin razones jurídicas de peso, la incoherencia es evidente.

Casi sobra aclarar que este argumento, por sí solo, tiene una entidad desequilibrante. Pero este desequilibrio tiene dos posibles desenlaces. Por un lado, es factible declarar la inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Penal en defensa de la igualdad consagrada o simplemente derogar dicha

---

<sup>109</sup> Art. 24, Código Penal.

<sup>110</sup> Citado en el *Manual de Derecho Procesal Penal*, F.D.C.S., U.N.C., pág. 386., Córdoba, 2003.

disposición normativa, con lo que la tesis resarcitoria se vería afectada negativamente (pero ciertamente no descartada<sup>111</sup>). Pero también es posible, y acaso más razonable, una segunda opción; la de igualar en el sentido defendido. Tal opción tiene ventajas incuestionables. Permite, en primer lugar, brindar una mayor legitimidad al sistema, evitando instituciones forzosamente ilegales. A su vez, se evitarían así los reproches de los muchos condenados que ya han sufrido lapsos importantes de prisión en razón de la lentitud del proceso. En relación a ello, también podría el Estado (igualando mediante indemnizaciones pecuniarias a favor de los no condenados) ponerse a resguardo (al menos parcialmente) de muchos ataques cargados de descontentos por las falencias procedimentales que aquejan el juicio previo, consumiendo años de la vida de los procesados.

En conclusión, la razón (aun utilitarista, según lo demuestra el anterior argumento consecuencialista) parece encaminarse en un sendero concreto: el de la indemnización por equivalente pecuniario a favor de los imputados sometidos a prisión preventiva, y luego sobreseídos o absueltos.

Esta idea conclusiva, si bien se enraíza en el liberalismo congénito de las principales instituciones y normas constitucionales, y puede ser perfectamente defendida mediante el razonamiento coherentista antes exployado, reviste mayor simpleza con la desigualdad mencionada en mira. Los dogmáticos del derecho probablemente no tendrían mayores reparos en consagrar el resarcimiento de la mano de esta última razón, aún si ella se encontrara en un estado de solitaria excepcionalidad.

---

<sup>111</sup> Los argumentos restantes mantendrían plena relevancia, aun el referido a la igualdad; aunque perdería su naturaleza bifronte al reposar solo sobre la idea de un trato igualitario efectivo (análogo al promovido por el proceso expropiatorio).

CAPÍTULO CUARTO

APLICACIONES PRÁCTICAS

Y OTRAS PRECISIONES



## CAPÍTULO CUARTO

Los daños causados en virtud del legítimo sometimiento a prisión preventiva, cuando ésta no culmina en condena, deben ser resarcidos. Tres capítulos y miles de palabras concluyen en esta simple afirmación, como solución más coherente en el marco del constitucionalismo argentino. Pero, lógicamente, el proceso quedaría incompleto sin dar las precisiones prácticas propias de la doctrina defendida. De allí que sea menester completar la defensa de la tesis expuesta, con algunas particularidades intrínsecas y consideraciones finales, a fin de delinear acabadamente su extensión.

Indudablemente, el lector atento debe haber percibido a este punto que consagrar un derecho de reparación es solo el primer paso en esta travesía. Así, numerosos interrogantes han de haber surgido respecto de variados aspectos. Entre otros: el principio sustentado, ¿es absoluto?, ¿procede en todos los supuestos en los que no se ha condenado al imputado?, ¿con qué extensión deben ser resarcidos los daños causados?, ¿cuáles son ellos?, ¿es necesaria una ley que reconozca el derecho de reparación?, ¿qué consecuencias se siguen de aceptar esta tesis?, ¿convierten ellas en viable la postura defendida?

A dar respuesta a estas interrogantes se dedicarán los siguientes párrafos.

### A) PROCEDENCIA

Numerosas causas son susceptibles de motivar la culminación de la prisión preventiva sin que se haya dictado una sentencia de condena en contra del imputado. No obstante, todas ellas se materializan en dos modalidades de decisorios, sobreseimiento y absolución, con iguales efectos.

Ahora bien, la diversidad de motivos de liberación del imputado, relativamente intrascendente en lo que a consecuencias penales se refiere, exige ciertas determinaciones a la hora de consagrar su derecho de reparación. Ya que puede considerarse, fundadamente, que no todas las formas de inocencia son igualmente susceptibles de patentizar una afectación de un derecho personalísimo.

Analicemos las causales posibles. Salvando algunas pequeñas diferencias procesales, los motivos de sobreseimiento (definitivo) y absolución generalmente se limitan a los siguientes: inexistencia del hecho investigado; no autoría del imputado; atipicidad; causa de justificación; inculpabilidad;

inimputabilidad; excusa absolutoria; extinción de la pretensión penal (v.gr. prescripción); duda insuperable.

**a) Duda:** Particular atención merece el instituto de la duda insuperable<sup>112</sup>. Cabe destacar que “sólo la convicción firme (certeza) y fundada (por inducción) en pruebas de cargo legalmente obtenidas sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se aplique la pena prevista, pues sólo así habrá quedado destruido el principio de inocencia”<sup>113</sup>. Esta es una regla básica del proceso penal, nacida en garantía del imputado, comprendida en una de las más importantes derivaciones de aquel principio: *in dubio pro reo*.

En un sentido laxo, esta duda liberadora se manifiesta en cualquier supuesto en que no sea posible alcanzar un grado de certeza (positiva o negativa). Sin embargo, una significación más específica o depurada reserva el concepto de duda para el caso particular de coexistencia de razones afirmativas y negativas, en perfecto equilibrio. En otras palabras, un mayor peso de razones afirmativas implica, *stricto sensu*, probabilidad. Cuando la prevalencia corresponda a aquellos motivos negativos, habrá improbabilidad.

Sin embargo, y más allá de estas precisiones terminológicas, a los efectos del proceso penal -o, más depuradamente, su resolución- el concepto de duda se condice con todos los supuestos en los cuales ni la inocencia ni la culpabilidad puedan reconocerse en forma cierta.

Es dable preguntarse ahora si este supuesto particular de sobreseimiento o absolución está comprendido en la conclusión que sustenta este escrito. Es decir, ¿cabe un resarcimiento a favor del imputado que es declarado inocente aún sin poder asegurarse tal carácter, por simple aplicación del principio de inocencia?

La doctrina se ha confesado dividida en tal sentido<sup>114</sup>. Aún aquellos partidarios de la reparación se han mostrado reticentes a conceder una

---

<sup>112</sup> Entre otras razones, es importante comenzar este punto con esta motivación absolutoria por ser la causal más discutida en la doctrina argentina, como se analizará a continuación.

<sup>113</sup> CAFFERATA NORES, José I. y otros; *Manual de Derecho Procesal Penal*, F.D.C.S., U.N.C., pág. 131, Córdoba, 2003.

<sup>114</sup> Kemelmajer de Carlucci y Parellada son referentes de lo que podríamos denominar la tesis restringida. En el extremo opuesto, partidario de una tesis amplia de procedencia de reparación se sitúa Fernando Sagarna (La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas; LA LEY 1996-E, 890) quien estima: “para nosotros es indiferente que se haya resuelto la absolución o el sobreseimiento definitivo por estar probada la inocencia, por carecerse de suficientes

indemnización a un posible delincuente. Recordemos que la duda implica precisamente esa posibilidad, al existir elementos que, en mayor o menor medida pero sin llegar a un grado de certeza, dan pie para sostener la culpabilidad del imputado.

Kemelmajer de Carlucci y Parellada<sup>115</sup>, por su parte, al preguntarse sobre la indiferencia de la causal de absolución del damnificado, responden por la negativa. Exigen, en consecuencia, un análisis particular del caso concreto que permita amoldar la regla de reparación al supuesto bajo análisis. Se cita, como ejemplo paradigmático, al de la liberación por beneficio de la duda, entendiendo tales autores que, si bien la presunción de inocencia tiene aptitud suficiente para motivar la absolución, carece de suficiente aptitud para fundar el derecho de indemnización por el Estado.

Para mayor abundamiento, es dable recordar las propias palabras de Parellada al resolver en la causa “P., M. O. c. Mendoza, Provincia de”<sup>116</sup>. “... el

---

pruebas o por el beneficio de la duda. El análisis por la instancia civil de las circunstancias que debió en su momento estudiar la instancia penal no es razonable, pues lógica, razonable y justamente, si aquel examen es posterior no puede entrar a revisar el fondo de una cuestión penal ya resuelta con las particularidades y el entorno típico de un proceso totalmente diferente al civil”.

<sup>115</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A; “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en Kemelmajer de Carlucci, A., Parellada, C. A. y Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986.

<sup>116</sup> Voto en 1ª Instancia Civil, Com. y Minas, 1ª Circunscripción Mendoza, Juzgado N° 14, 29/12/89, “in re” ED, 139-157, con nota de Germán J. Bidart Campos. En idéntico sentido se han resuelto otros casos: CNFedContenciosoadministrativo, Sala V; Danese, Néstor H. c. E.N., DJ 2001-3, 953 - LA LEY 2002-A, 484 - Colección de Análisis Jurisprudencial: Corresponde el rechazo de una demanda por el cobro de los daños y perjuicios que alega el actor sufrió por haber estado privado de su libertad por más de un año en una causa de la cual resultó absuelto, si dicha sentencia fue dictada con aplicación del principio de duda, pero no por la presencia de factores de ponderación que mostraran que sin hesitación podía arribarse a la convicción de su inocencia pues la responsabilidad del Estado por el detrimento ocasionado a quien, imputado de un delito, sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto, es pertinente siempre y cuando la absolución hubiese sido dictada en virtud de su inocencia manifiesta...; C5a.CCCba., Sent. del 25/02/2004, en autos: “Santillán, Arturo Faustino c/. Estado Provincial – Ordinario”: No es procedente la acción de daños y perjuicios promovida por quien sufre prisión preventiva dispuesta en el marco de un proceso penal en el cual resulta finalmente absuelto, en tanto aquella medida se disponga fundadamente -conforme los elementos de juicio existentes en la causa- por la existencia de un estado de sospecha.

derecho indemnizatorio no pertenece a quien es absuelto por duda o por falta de pruebas, *sino a quien es inocente*". Más adelante agrega "... la presunción de inocencia es suficiente para fundar el derecho a la libertad, pero no el de la indemnización a cargo del Estado".

Igual criterio es el sustentado por Herrera<sup>117</sup>, quien estima viable la indemnización cuando el sobreseimiento o absolucón responden a la comprobación de inocencia del imputado, pero la rechaza cuando se logra el estado de inocencia por ausencia de pruebas suficientes para condenarlo.

Analícemos ahora este asunto. Es indudable que el principio de inocencia, y la presunción que de él deriva, actúa como garantía del imputado en el marco de un proceso penal. Será él fundamento suficiente para declarar la inocencia cuando la culpabilidad no pueda acreditarse en grado de convicción. La sola circunstancia de no poder alcanzar aquella convicción (positiva o negativa) implica que, a más de lo resuelto en sede penal, el sujeto pueda, en verdad, ser culpable o inocente (pues en ello consiste la duda). Ahora bien, la pregunta a responder es si es factible aplicar la presunción de inocencia como argumento a favor del resarcimiento o si, por el contrario, la situación de duda excluye necesariamente toda posibilidad de reparación. Entre estos extremos se sitúa una tercera posibilidad, la de permitir al liberado por duda insuperable recurrir a sede judicial en un proceso por indemnización de los daños, a fin de acreditar allí su inocencia. Esta posibilidad, no obstante, se desvanece al poco tiempo de ahondar en ella. Y es que consagrar tal potestad equivaldría, lisa y llanamente, a negar reparación. Pues si una duda insuperable empañó la continuidad del proceso penal, donde las posibilidades de investigación son en extremo poderosas, que probabilidad tiene el afectado de acreditar su inocencia en un proceso civil, si la fuerza de la presunción de inocencia no lo acompaña allí. O, quizás, en atención a las particularidades del principio dispositivo, deberá aguardar que los defensores de los intereses estatales sean negligentes en traer a colación aquellos elementos que inclinaban la balanza penal al menos ligeramente hacia la culpabilidad.

Por lo que volvemos a la bivalencia del primer interrogante. Aplicamos a favor del resarcimiento el principio de inocencia o descartamos, en razón de la duda, cualquier posibilidad indemnizatoria. Analícemos las consecuencias de esta segunda opción. A los ojos del proceso penal tal sujeto imputado no es culpable, lo que, con igual criterio, equivale a predicar su inocencia. No obstante, en el marco de tal proceso, vio afectados algunos de

---

<sup>117</sup> HERRERA, *Reforma Penal*, cit. por SEMON, J. M., "La reparación a las víctimas ..." cit. en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año XX, t. XIX, N° 2 y 3, Buenos Aires, 1941.

sus derechos personalísimos. En consecuencia, de seguirse el segundo criterio, el daño causado a un inocente quedaría sin reparación. Cierto es que el sujeto podría, en efecto, haber cometido el delito que se le imputa, pero ante la imposibilidad de acreditar tal extremo, toda “pena” impuesta es infundada<sup>118</sup>.

La prisión preventiva, especialmente cuando afecta a un inocente, ostenta un contenido altamente punitivo, aunque no pretenda ser impuesta como tal. Al menos cuando se acredita la culpabilidad ese tiempo ya sufrido se deduce del total de la condena impuesta. Pero no es posible o deseable crear una categoría intermedia entre estos puntos. De lo contrario, los defensores de la doctrina de la “sustitución de una pena imposible” encontrarían en el instituto de la duda insuperable la herramienta ideal para castigar a este “culpable que las circunstancias no nos permitieron condenar”. Si la convicción de inocencia deja un sinsabor en la opinión pública cuando libera a un sospechoso, la duda sería casi como confesar la liberación de un culpable. Y así, el tiempo de encierro cautelar saciaría al menos un poco esta extraña sed de justicia.

Tal posibilidad no es viable al amparo de nuestra Constitución y su implacable artículo 18. La incoherencia institucional de esta postura es abiertamente ostensible. Jamás podrá ser compatible axiológicamente con los enunciados básicos de nuestro constitucionalismo y sus principios de inocencia y derecho a la libertad. La inocencia por duda, que ontológicamente en nada se diferencia de otras formas a los ojos del proceso penal, no podrá convertirse así en excepción de aquella regla.

Ante la improcedencia de pena, el daño sufrido fue infundado. Un *inocente* se ha visto perjudicado en nombre del bienestar general<sup>119</sup>; tal perjuicio **debe** ser resarcido, o los derechos constitucionales dependerían aquí de circunstancias utilitaristas, subjetivamente determinables.

**b) Prescripción:** ¿Qué sucede cuando el sobreseimiento obedece a la prescripción de la acción penal? ¿Procede la reparación, aunque no haya existido posibilidad de analizar la inocencia o culpabilidad del sujeto privado de su libertad?

---

<sup>118</sup> Al recaer sobre un inocente. En tal sentido juega el principio de inocencia, dando por acreditada la inexistencia de una culpabilidad condenatoria, al no haber pruebas suficientes para afirmar con convicción indudable dicha existencia. Una suerte de carga de la prueba puesta en hombros del Estado, depurada en un principio más absoluto que el predicable del que actúa en sede civil.

<sup>119</sup> Representado por la administración de justicia, y la seguridad y confianza que ella procura.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci y Parellada<sup>120</sup> sostienen, al igual que lo hicieron respecto de la situación anterior, que el sobreseimiento del sospechoso por esta causal no podrá dar derecho a reparación. El argumento es esencialmente el mismo; el principio de inocencia, que tendría virtualidad para provocar su liberación y detener la persecución penal, no sería aplicable en lo que a reparación de daños se refiere. El afectado deberá, según su opinión, -y he aquí una diferencia importante- acreditar su inocencia en el juicio por indemnización.

Se abriría aquí al imputado una puerta antes cerrada, al permitir, sobre la base de los principios dispositivos de la carga de la prueba, la acreditación de su inocencia. No obstante, tal posibilidad no acaba de convencer.

No por ser aplicables aquí los argumentos de refutación ensayados en el supuesto de la duda, en tanto aquí es factible que la inocencia sea susceptible de una sencilla comprobación (aunque por supuesto podría darse también un caso difícil, en el que la duda se haga nuevamente presente), sino por otras dos razones.

Primero, la inocencia del sujeto, si pretendo ser fiel a los lineamientos argumentales que sostuve a lo largo de este escrito, debe ser analizada según los principios propios del derecho penal. Procurar, en una sede ajena al de aquel campo de acción, emular un proceso criminal con todas sus particularidades aparece como irrazonable, en tanto el propósito sería considerar si el sujeto hubiera sido encontrado inocente del delito imputado en aquella sede. A eso se reduce aquel proceso. No existe otra medida de inocencia que la allí asentada.

Tal vez se acerque más a lo razonable que el sobreseído haga uso, forzando ligeramente los márgenes del instituto, de la facultad de apelación que en la provincia de Córdoba le concede el art. 352<sup>121</sup> del Código Procesal Penal, para procurar que su sobreseimiento responda a una investigación y decisión efectiva. Sólo luego de declarada su inocencia por alguna de las causales que le anteceden podría solicitar la indemnización pertinente. Pero esta posibilidad tampoco parece viable. Por un lado, pues implica reabrir un proceso penal que no tiene posibilidad de imponer una pena, pues no sería ya factible que, aún encontrándose al sujeto culpable, pueda ser condenado por el delito cometido. Por el otro, pues esto no debiera importar. Lo cierto es que la prueba del daño se halla en el mismo sobreseimiento. Un sujeto ha visto abatida su libertad a la espera de una decisión. Si ésta hubiera llegado, y

---

<sup>120</sup> Op. cit.

<sup>121</sup> ...Podrá recurrir (se refiere a la sentencia de sobreseimiento) también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el artículo 350...

hubiera sido de condena, aquel tiempo de prisión cautelar hubiera sido, como se explayó en el capítulo anterior, resarcido en especie, deduciéndolo del tiempo de pena efectiva. Sin decisión condenatoria, aquel daño deviene infundado o, cuando menos, desigual.

Segundo, la experiencia demuestra que la prescripción de acciones penales responde periódicamente a defectos de la administración de justicia. Escasos recursos, personal poco capacitado, desinterés público por determinadas causas, corrupción. Estos y otros motivos tienden a retardar de tal forma el proceso, al punto de desdibujar el principio de inocencia y el derecho a un juicio expeditivo<sup>122</sup>. Lo dicho demuestra que la falta de pronunciamiento tiende a ser imputable al propio Estado. Su propia torpeza o negligencia en juzgar en tiempo y forma no podrían perjudicar al imputado, quien, por cierto, ha perdido así toda posibilidad de superar la incertidumbre que por siempre empañará su propia imagen.

**c) Amnistía y atipicidad sobreviniente<sup>123</sup>:** En el marco de sobreseimientos fundados en la extinción de la pretensión penal, un caso importante por sus dificultades se plantea al analizar la *amnistía*. Las ideas y problemas que ella motiva, al considerar la posibilidad de un resarcimiento por la privación preventiva de la libertad, son también aplicables a un supuesto diferente, la *atipicidad que sobreviene* a dicho encarcelamiento preventivo. Por tal motivo, ameritan un tratamiento conjunto.

Si una infracción punible es olvidada para restablecer la calma y la concordia social<sup>124</sup>, o si una norma vigente que dispone la tipicidad de una conducta como delictiva es derogada, la acción penal es aniquilada, pues su soporte ha caído tras la voluntad estatal. Sin embargo, ello no impide que un sujeto pueda haberse visto privado de su libertad (en el contexto de prisión preventiva) por ser imputado por la comisión de alguna de las infracciones ya no punibles. De allí que sea factible que tal persona sea liberada por tal causal, sin haberse resuelto su participación originaria en el hecho imputado. En otras

---

<sup>122</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4, inc. 3.c).

<sup>123</sup> El tratamiento de estos problemas exigiría una profundidad mayor a la permitida por los límites y fines de este trabajo. Acaso por la complejidad implicada no conozco de ningún análisis sistemático de tales causales, aplicado a la discusión hoy tratada. Sin embargo, una aproximación escueta tendrá valor suficiente como para introducir la problemática, de gran relevancia teórica aunque, por la infrecuencia previsible de su acontecer, de menor trascendencia práctica.

<sup>124</sup> Amnistía, siguiendo a NUÑEZ, op. cit.

palabras, es aun posible predicar su inocencia (respecto del hecho ya no punible o atípico).

No obstante, cerrado el proceso, y siendo irrenunciable el beneficio de la libertad que las causales tratadas otorgan, toda investigación penal sobre la efectiva comisión del hecho imputado (ahora ya falto de punibilidad) se ha tornado imposible.

Como es dable observar, el problema a resolver escapa las relativamente sencillas ariscas penales que el caso implica, para enmarañarse en un dilema más espinoso, en el campo del resarcimiento civil.

Así, el sujeto beneficiado por la libertad bien podría, en el marco desarrollado, no haber sido partícipe en el hecho delictivo imputado. O bien podría su participación haber sido inculpable, o quedar despojada de antijuridicidad por una causa de justificación. Esto es, el imputado podría haber sido inocente, originariamente, del delito (punible al momento de dictarse su encarcelamiento) imputado. Frente a este escenario, ¿corresponde reconocer un derecho de reparación por el lapso de privación legítima de la libertad?, ¿se incluye este supuesto en la tesis defendida?

Analicemos la controversia. La misma parece acercarse en sus lineamientos básicos al supuesto de prescripción. Al igual que en tal hipótesis, la pretensión penal se ha extinguido sin haberse resuelto sobre el fondo de la cuestión. Ahora bien, se ha concluido que la causal prescriptiva genera, en efecto, un derecho de crédito a favor del imputado. Las razones principian por entender que el Estado, responsable de la prosecución de la investigación, no podría ampararse en su propia negligencia para negar una indemnización<sup>125</sup> a quien tenía el derecho de ver clarificada su situación jurídica en un juicio expeditivo, que diera adecuado cumplimiento a la garantía ínsita en el principio de inocencia.

Mas en el supuesto ahora tratado, tal razón no resiste el menor análisis. Tanto el supuesto de la amnistía como el de la atipicidad implican un ejercicio efectivo de la labor estatal, más cercano a la diligencia que a la desidia. Su comportamiento no puede, así, ser fuente de reproches.

Pero también se sostuvo otro argumento para dar pie al resarcimiento en el caso de la prescripción. Este fue la inviabilidad de recurrir a sede civil para acreditar efectivamente la inocencia. La razón parecía entonces no consentir esta posibilidad, al afectar el principio de especialidad procesal por materia que sostiene el funcionamiento de gran parte de nuestros tribunales de justicia. Lejos de los conocimientos específicos de un juez en lo contencioso

---

<sup>125</sup> Nadie puede alegar en su defensa su propia torpeza.

administrativo (o en lo civil) están los principios penales y las normas criminales aplicables para determinar la inocencia o culpabilidad del actor (recordemos que es la óptica del juicio penal la que debe emularse para determinar tal calidad). A su vez, las restantes particularidades de cada proceso (plazos, órganos y sujetos que intervienen, principios dispositivo e inquisitivo, entre otras) fortalecen dicha conclusión.

Pero las derivaciones de esta idea no parecen resultar de igual forma al trasladarla al supuesto de amnistía y atipicidad sobreviniente. Y es que separada de la idea de un obrar negligente imputable al Estado, una intuitiva sensación de disconformidad emerge al analizar las alternativas resultantes.

Pues, por un lado, no es posible fundar el resarcimiento en un obrar gubernamental irreprochable jurídicamente. Y tampoco parece justo resarcir a todos los amnistiados o los beneficiados por la atipicidad acaecida, pues la enorme mayoría de ellos pudieran en efecto ser partícipes culpables de las conductas atribuidas, y acaso pudieran ya sentirse beneficiados y agradecidos por la expiación gratuita de los delitos cometidos.

Pero en el otro extremo la solución tampoco parece convencer. No siendo justo reparar a todos, sigue siendo injusto (la vaguedad del término se corresponde con el sentir intuitivo con el que se manifiesta) dejar al originariamente inocente sin resarcimiento y con una mancha de culpabilidad perenne. Mas tal injusticia sería inevitable si sostenemos también en este caso la falta de razón del proceso civil como método de dilucidación de inocencia.

En fin, ninguna opción se muestra satisfactoria. Resarcir a la totalidad de los afectados conduce a una solución a primeras luces disvaliosa<sup>126</sup>. De haber sido condenados, como de hecho era probable, se hubiera aplicado una reparación en especie, no tan gravosa para las arcas estatales. A su vez, si esta fuera la postura a seguir (y hago mío aquí un argumento consecuencialista), ninguna amnistía sería declarada y ningún delito sería excluido del catálogo de tipificación (a pesar de considerarse ya incongruente con la realidad social vigente) si el Estado debiera afrontar todas estas reparaciones. Bien podría alegarse que los enormes problemas que hoy tratamos desaparecerían de la mano de la eliminación del instituto de la prisión preventiva, pero esta solución se muestra aun demasiado drástica.

La opción alternativa al resarcimiento es la de su rechazo, colectivo. No siendo posible presumir la inocencia (pues no es este el principio que da

---

<sup>126</sup> Imaginemos delitos graves, olvidados sólo por sanar heridas y continuar mirando hacia delante, que deban ser acompañados a su vez por una suma de dinero, como si el costo del olvido no fuera suficiente.

sostén a la liberación propiciada), sería necesario comprobarla para justificar con mayor *peso* una reparación. Esta idea de peso no es mencionada accidentalmente. En efecto, la torpeza estatal -de la mano de una presunción de inocencia- inclinó la balanza (en este proceso ponderativo), en el supuesto de la prescripción, a favor de la indemnización universalizable a todos los afectados en dichas circunstancias. Este mayor peso motivó que lo irrazonable de la prueba de inocencia en sede civil jugara a favor de la reparación.

Pero sin estos aliados de peso, el proceso se torna más dificultoso. Y si bien recurrir al juicio por indemnización para dar cuenta de la inocencia efectiva se demuestra irrazonable, no reconocer tal potestad se demuestra (en apariencia intuitiva) injusto.

El conflicto aparece así inatacable en cuanto a su existencia. Por un lado, la justicia de la reparación del daño infundado, por el otro, la institucional separación de las esferas penales y civiles. Dar mayor peso a la primera idea implica resarcir, pero a costa de recurrir a un mecanismo que tildé de irrazonable. Preferir jerárquicamente la separación de funciones, como base institucional de la administración de justicia, importa erosionar este último valor, pero manteniendo la racionalidad del sistema.

Ambas opciones parecen igualmente disvaliosas<sup>127</sup>. Tal vez ello indica que nos encontramos frente a un conflicto genuinamente “trágico”<sup>128</sup>, en el que la resolución es posible eligiendo uno de los dos principios, pero a costa de un sacrificio o pérdida moral. Si en efecto este es el caso, podría llegar a sostenerse que en el supuesto concreto la racionalidad tendría límites<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Recordemos que ellas son (depuradamente): por un lado, negar la reparación siempre -en base a la irrazonabilidad del proceso civil como mecanismo de comprobación de inocencia-; por el otro, concederla al inocente -luego de acreditada tal calidad en aquel proceso civil en apariencia irrazonable-, en un afán de aparente justicia. La idea de reparar en todos los casos es descartada por no condecirse con los argumentos antes desarrollados. Pues si bien el sujeto no debería sufrir una pena luego del acto estatal, sí parece justo que cargue con las consecuencias que implica el desarrollo de un proceso motivado por sus propios actos (originariamente delictivos). Es posible argüir que la prisión preventiva es una consecuencia en extremo gravosa, y como tal excede el marco lógico y liberal de derechos consagrados, pero ello requeriría otra discusión, y otro trabajo.

<sup>128</sup> LARIGUET, Guillermo; “Conflictos trágicos y ponderación constitucional. En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini.”, *Diritto & Questioni Pubbliche (D&Q)*, n 5, 2005.

<sup>129</sup> Como lo sostiene el autor precitado, de la mano de, entre otros, ELSTER, Jon; *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Traducción de Carlos Gardini, Gedisa, Barcelona, 1995.

Acaso podríamos acudir, en cambio, si pretendemos seguir confiando en la salida racional, a parámetros utilitaristas. En base a ellos podríamos dar un peso mayor a la institucionalidad de la administración de justicia, que podría verse afectada (en estos casos y para el futuro) si es obligada a forzar sus reglas más allá de la razón. Pero surgirían los mismos cuestionamientos que iniciaron este escrito: “¿se puede hacer sufrir a una sola persona, [...], en atención a una razón de orden general?”<sup>130</sup>. A su vez, el escape consecuencialista también puede verse “empinado” en sus alternativas, pues bien podría privilegiarse la justicia, como idea colectiva siempre deseable (acaso por encima de la ley), por sobre la formalidad especial y sistemática del Poder Judicial.

Si esta salida tampoco convence, tal vez sea tiempo de “tirar la moneda”, recurriendo al azar al descubrir que la racionalidad ya no guía las respuestas. Pero antes, agotemos las posibilidades de la ponderación. Por supuesto, ello requerirá esperar al caso concreto para jerarquizar axiológicamente en base a las circunstancias, lejos de la mera abstracción teórica. Estas jerarquías, móviles, mutables<sup>131</sup>, se amoldarán a las especificidades del supuesto tratado. A esta tarea, y los problemas señalados para acometerla, se sujetarán forzosamente los jueces frente a la necesidad inexpugnable de resolver, quienes sufrirán el apremio del tiempo y el peso de los deberes institucionales (los que no le permitirán el escape ahora pretendido en estas páginas). Pero dicha resolución podrá al menos conocer, así, desenmascarando el dilema, sus propias limitaciones.

Dejo así planteada la pregunta, sin encontrar (o haber podido determinar siquiera como posible) una solución racional única. En definitiva, “argüir los límites de la razón es un recurso último que la razón misma dispone para no caer en la irracionalidad”<sup>132</sup>.

**d) Restantes causales:** Cuando la inocencia del sujeto imputado es acreditada en grado de convicción, no hay mayores disquisiciones posibles. La procedencia del resarcimiento, si se participa de la doctrina que reconoce el derecho de reparación, será en estos supuestos indiscutible.

La inexistencia del hecho, la falta de autoría del sujeto imputado o la atipicidad de la conducta atribuida (anterior a la imputación efectuada)

---

<sup>130</sup> ZAGREBELZKY, G.; *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Traducción de Marina Gascón, Trotta, Barcelona, 1999.

<sup>131</sup> Como lo sostendría GUASTINI, op. cit.

<sup>132</sup> LARIGUET, op. cit.

configuran casos paradigmáticos en tal sentido. Concurriendo una causa de justificación o una excusa absolutoria, el principio se mantiene. El obrar imputable está, en tales supuestos, amparado por la ley<sup>133</sup>. El Estado provoca un daño, lícito, a quien obró amparado por el Derecho. Quien daña deberá resarcir el perjuicio causado injustamente.

Lo mismo se predica de la inculpabilidad del sujeto. Sin reproche subjetivo no hay pena posible<sup>134</sup>. El daño provocado por la prisión deviene aquí también injusto y, por ende, susceptible de reparación.

Una apreciación con matices diferentes corresponde al supuesto de inimputabilidad o, con mayor puridad, a ciertos casos de inimputabilidad. En efecto, en el seno de esta figura se encuentran diversas subespecies no particularmente análogas. Así, el artículo 34 de nuestro Código Penal encuadra entre los supuestos de no punibilidad la insuficiencia de facultades, alteraciones morbosas, inconsciencia (inc. 1.). Pero también incluye supuestos de fuerza física irresistible y casos típicos de causas de justificación que, como tales, restan antijuridicidad al acto y excluyen cualquier consecuencia penal.

En cambio, los casos típicos cubiertos por el primer inciso de aquel artículo derivarán, si bien no en una pena, en algún grado de consecuencia de naturaleza correccional o curativa. Básicamente, estos efectos penales se concentran en las denominadas medidas de seguridad. Como tales, no se imponen como retribución del mal causado por el delito (la conducta típica y antijurídica es de hecho atribuible al sujeto), sino que “son medios curativos sometidos al principio de legalidad, que el juez impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás (C.P., 34, inc. 1º)”<sup>135</sup>.

La medida se materializa en la reclusión del sujeto en institutos especiales de acuerdo a la naturaleza y grado de enajenación o inconsciencia<sup>136</sup> que padece. Por lo tanto, si bien la reclusión en prisión preventiva pudo no haber sido el medio más adecuado de procurar la cura y seguridad del sujeto,

---

<sup>133</sup> No será antijurídico en caso de concurrir una causa de justificación. Carecerá de punibilidad en el supuesto de la excusa absolutoria (aunque, de hecho, modernas tendencias doctrinarias conceptualizan algunas de dichas excusas como causas de exclusión de la antijuridicidad específica penal -tal la posición de BALCARCE, Fabián, según cita LASCANO, op. cit.-).

<sup>134</sup> *Nulla poena sine culpa*.

<sup>135</sup> NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho Penal, Parte General*, Córdoba, 1999.

<sup>136</sup> Los supuestos de inconsciencia usualmente comprenden toxicómanos y ebrios habituales.

funciona aquí como una medida esencialmente cautelar, previa a la especialmente diseñada para la situación particular del afectado.

Igual razonamiento es aplicable cuando se trate de inimputabilidad en razón de la edad. En tal caso la reclusión, con fines similares, se materializa en institutos correccionales que procuran la reeducación del menor.

Aún si durante el lapso de prisión preventiva el imputado no se encontraba amparado por la seguridad que procuran los establecimientos especiales de reclusión, no es dable considerar dañosa la privación de la libertad hasta el momento de la sentencia. Y aún si se acreditaran los extremos dañosos, una reparación pecuniaria dista de ser la solución más adecuada dentro de las limitadas soluciones que puede brindar el Derecho. Estimo que ante el eventual y tal vez predecible sobreseimiento por alguna de estas causales, lo más acertado sería adelantar la atención psicológica necesaria, aunque dentro de las restricciones espaciales de los centros de detención preventiva<sup>137</sup>.

En suma, no existiendo daño resarcible, a más de la efectiva comisión de un hecho delictivo, no cabe en este supuesto derecho alguno de reparación.

Por lo tanto, la conclusión depurada quedaría reformulada de la siguiente forma: los daños causados en virtud del legítimo sometimiento a prisión preventiva, cuando ésta no culmina en condena, deben ser resarcidos, salvo supuestos de sobreseimiento por inimputabilidad susceptibles de provocar la reclusión del sujeto en institutos especiales de corrección o cura<sup>138</sup>.

Si bien algunas causales o supuestos específicos seguramente han escapado al tratamiento minucioso con que se analizaron las anteriores, las reglas antes desarrolladas bien podrían servir de herramienta suficiente para dilucidar la solución más apropiada (consistente y coherente con la tesis defendida) para tales supuestos. En lo no previsto, será necesario adecuarlas al caso concreto, de acuerdo con las particularidades propias de la individualidad manifestada.

---

<sup>137</sup> De más está decir que la atención psicológica debería funcionar respecto de todos los reclusos, independientemente de su situación personal –pero por supuesto acorde a ella–.

<sup>138</sup> Los sobreseimientos y absoluciones motivados por amnistía y atipicidad sobreviniente quedan abiertos a la discusión (aun sobre la misma racionalidad de la solución posible), razón por la cual no se incluyen en la conclusión depurada, ni reconociendo, ni negando en tales casos la procedencia indemnizatoria.

## B) EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

Llegado este punto, nada se ha dicho de las generalidades de la responsabilidad estatal, limitándonos, en cambio, a dilucidar la procedencia indemnizatoria. Para no abundar innecesariamente, las palabras de Dromi<sup>139</sup> son más que elocuentes al resumir este aspecto: “El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, permite las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra él y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones del poder. El deber del resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho”.

Siendo el Estado el causante del daño ocasionado en virtud de la imposición de prisión preventiva, el resultado inexorable, si se coincide con la procedencia de reparación, es la responsabilidad estatal. Estimo que tal aspecto no generaría mayores reparos en el marco de nuestra realidad jurídica, pero otra discusión emerge como consecuencia de aquel responder, de aristas mucho más problemáticas: la extensión del resarcimiento.

No todo obrar dañoso genera responsabilidad, no todo daño debe ser resarcido, ciertos perjuicios son indemnizados parcialmente. Estas y otras muchas características básicas cincelan el régimen argentino de responsabilidad civil. De allí que sea menester efectuar un delicado y cuidadoso análisis antes de pronunciarse por la extensión de la indemnización a conceder al perjudicado por la medida judicial en cuestión.

**a) Reparación plena o integral, o reparación limitada:** Analicemos primero las posibilidades. La reparación podrá ser plena, o limitada. En el primer caso será necesario dilucidar que daños configuran el espectro de rubros resarcibles a fin de procurar la integridad del resarcimiento. En la segunda alternativa deberán considerarse cuáles son tales límites o, en otras palabras, en qué forma se desarrolla tal limitación<sup>140</sup>. Esta primera disyuntiva es el punto de división más frecuente entre los partidarios de una tesis afirmativa de responsabilidad por obrar judicial lícito. En ella nos adentramos.

---

<sup>139</sup> DROMI, Roberto; *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 1998.

<sup>140</sup> Una limitación de tipo cuantitativo puede materializarse en la consagración de categorías de daños excluidos (v.gr. daño moral o lucro cesante, como ocurre con el supuesto de expropiación), estableciendo límites cuantitativos para la indemnización de ciertos perjuicios (mediante topes máximos o indemnizaciones tarifadas), atenuando el monto indemnizatorio, entre otras modalidades posibles.

Kemelmajer de Carlucci y Parellada<sup>141</sup> nos recuerdan que la reparación fundada en hechos lícitos pero dañosos ha sido caracterizada por doctrina y jurisprudencia pacífica como una de equidad<sup>142</sup>. Ella se aleja del principio de reparación plena o integral para procurar sólo una compensación razonable para el perjudicado. En consecuencia, la indemnización en el supuesto específico de responsabilidad por el obrar judicial legítimo no podría ser de otra manera. Su limitación estaría ínsita en la naturaleza misma de la responsabilidad consagrada. El resarcimiento del daño moral desaparece, al igual que se descarta el reconocimiento del lucro cesante, para limitarse sólo al daño emergente, consecuencia directa y necesaria del obrar estatal.

En su momento la expropiación por razones de utilidad pública fue destacada como ejemplo paradigmático de protección de igualdad e individualidad; como prueba del sentido liberal de nuestra Constitución. En sus valores se reconoce que el Estado no puede aspirar alcanzar el bien común merced al sacrificio personal de unos pocos. Quien sufre por el bien de todos, por ellos debe ser resarcido. A ese fin tiende la indemnización previa que exigió Alberdi para dejar indemne (*indamnum* – sin daño) al afectado.

La reglamentación posterior, acompañada de una nuevamente “pacífica” doctrina y jurisprudencia entendió que aquella justa compensación que dejaba indemne al privado de su propiedad se cumplimentaba con cubrir la

---

<sup>141</sup> Op. cit.

<sup>142</sup> Esta parece ser la concepción dominante respecto de la responsabilidad estatal por actos lícitos. No obstante, dos posturas conviven en relación a este supuesto. La posición restrictiva afirma que tratándose de un obrar lícito del Estado, la indemnización no debería extenderse más allá de aquellos perjuicios que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de aquél. Dicha tesis utiliza como argumento corroborante la existencia de previsiones legales que excluyen expresamente la indemnización del lucro cesante. Pueden citarse al respecto el art. 10 Ley de Expropiaciones; el art. 5 ley 12910 sobre situaciones de emergencia y rescisiones de contratos con motivo de la Segunda Guerra Mundial; el art. 54 ley 13064 (ALJA 1853-1958-1-378) de obra pública para casos de rescisión por decisión de la contratista. La posición amplia fue ganando terreno. Así, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe en el año 1999, la mayoría propuso que "...la reparación debe ser integral comprendiendo el daño moral y material", al igual que en las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1986. La reparación plena fue el criterio sustentado por la Corte Suprema en el caso “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. v. Dirección Nacional de Vialidad”, del 20/9/1984. Allí, en un caso de rescisión unilateral de un contrato de obra pública, la Corte resolvió: la legitimidad del proceder del Estado [...] no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubieran derivado; es improcedente la extensión analógica a las normas sobre expropiación.

pérdida de los valores económicos de que se privaba al sujeto. La actual ley de expropiación expresamente establece<sup>143</sup>: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante”.

Excluido el daño moral y el lucro cesante, la compensación se limita al daño emergente. Esta pérdida o disminución de valores económicos ya existentes en el patrimonio, a raíz del hecho dañoso, es el único objeto de reparación. Se estima que de esta forma se repara con equidad el daño causado, de manera que el expropiado no reciba menos de lo que le corresponda, pero tampoco más. El daño moral no sería resarcible pues va de suyo, según ciertos autores<sup>144</sup>, que éste importa como concepto esencial el que se trate de un daño injusto.

Podríamos argüir que la forma de reparación propiciada no es verdaderamente indemnizatoria, al subsistir daños que esencialmente no han sido cubiertos, o que la injusticia del daño está presente, al menos desde la perspectiva del dañado, aún en el supuesto de obrar legítimo. Pero no es momento de adentrarnos en nuevas discusiones.

Lo que a los fines del presente escrito sí concierne es que, en razón de considerarse a la expropiación como figura analógicamente aplicable a los restantes supuestos de responsabilidad estatal por actos lícitos, la fuerza expansiva de sus principios la haría extensible al obrar judicial, abarcando así la reparación sólo el daño emergente, en todos los supuestos.

Ahora bien, debemos resolver dos cuestiones antes de proseguir. Primero, ¿la aplicación analógica de una figura que en sustancia se asemeja a otros supuestos, implica la expansión igualmente analógica de todo su contenido? Segundo, ¿es igualmente justo el resultado?; o, reformulando, ¿la reparación limitada al daño emergente, persigue siquiera la equidad declarada, frente al imputado privado de su libertad?

La analogía es una herramienta jurídica que, aunque indispensable y en extremo valiosa, no está exenta de peligros. Las subjetividades tienden a forzar comparaciones para amoldarlas a intereses personales o, cuanto menos, a confundir ciertas particularidades por el simple hecho de que las apreciaciones dependen de nuestra propia realidad y experiencia. Pero estimo

---

<sup>143</sup> Ley 21.499, art. 10.

<sup>144</sup> ILDARRAZ, B. - ZARZA MENSAQUE, A. R. - VIALE, C. M., op. cit., entre otros.

que ciertas interpretaciones son, si no infalibles, más acertadas que otras. No todo está sujeto a la discreción arbitraria del juzgador<sup>145</sup>. Ciertos límites son reconocibles. Formalistas y escépticos de las reglas discutirán en tal sentido, pero parece claro que en tanto existan lineamientos básicos de tinte obligatorio que reconozcamos como tales, todo supuesto dudoso se regirá por ellos. Por supuesto, ellos estarán también sujetos a interpretación, pero habremos acotado ya el ámbito discrecional.

Si bien reconocer estos lineamientos básicos que sirvan de guía al juzgador puede no ser sencillo en muchos casos, sí lo es en muchos otros. En el caso bajo análisis, tales principios se hallan enmascarados en las palabras de la Constitución. No creo que grandes dudas se generen en tal sentido, pero otras tantas aparecerán para descubrirlos.

Con esta base, y dejando abierta la problemática encarada, volvamos a la primera pregunta. La analogía principia por un caso o ejemplo específico que discurre a otro ejemplo, sobre el argumento de considerar que, **debido a que los dos ejemplos son semejantes en muchos aspectos, son también semejantes en otro aspecto más específico**<sup>146</sup>. Hemos hecho uso de tal forma argumental para reconocer que nuestra Carta Magna estipula, con un sentido liberal, que las afectaciones individuales fundadas en el bien común sólo pueden coexistir en un estado de Derecho si son acompañadas de una justa compensación por el daño sufrido<sup>147</sup>.

La reglamentación legal del instituto de la expropiación se ha encargado de limitar, como vimos, la indemnización previa al daño emergente.

---

<sup>145</sup> Estas disquisiciones interpretativas se enrolan en la gran pregunta: ¿Hay una sola respuesta correcta? Aquellos partidarios de una tesis cognoscitivista entenderán que sí, la hay. Todos los textos legales o disposiciones normativas tendrían un único significado correcto, unívoco y determinado que el intérprete descubre. Un escéptico entenderá, en cambio, que no hay significados previos, sólo textos a los que el intérprete adscribe un significado. La indeterminación absoluta del derecho, materializado en decisiones puramente voluntarias (discrecionales), es la consecuencia inexorable. Estos dos extremos son para Hart el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Habría así una teoría interpretativa intermedia, que distingue casos claros (clear cases) de casos difíciles (hard cases). En función de estas circunstancias, la interpretación podrá ser un acto de descubrimiento (susceptible de ser correcto o incorrecto) o de voluntad (discrecionalidad del juzgador), respectivamente.

<sup>146</sup> WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994.

<sup>147</sup> Salvo que el daño sea sufrido por el colectivo poblacional (en igualdad de circunstancias) -en las condiciones aclaradas en el capítulo precedente-.

El interrogante a responder reside en esta particularidad práctica del instituto. Las semejanzas entre la expropiación y la afectación legítima de la libertad ¿son tales que amparen el arribo a un mismo resultado? La respuesta negativa parece imponerse. La analogía entre ambos supuestos se limita al sentido propuesto, pues a partir de allí las diferencias son tan ostensibles que tornan absurdo continuar con sus implicancias. Aún a quienes sostienen que la fuerza expansiva de la expropiación alcanza todos los casos de responsabilidad estatal por actos lícitos les resultaría difícil consagrar una equiparación absoluta. No sería plausible el razonamiento analógico si implicara restringir cualquier limitación de derechos a los requisitos expropiatorios: ley especial del congreso que declare la utilidad pública de la restricción, los objetos limitables, la especificidad del proceso judicial, los plazos de limitación.

Las semejanzas no pueden extenderse a estas consecuencias. Y esto es así simplemente porque las diferencias fácticas y jurídicas merecen reconocimiento. No es dable consagrar una indemnización fundada en iguales reglas cuando los daños son ontológicamente dispares. Hay límites, fronteras visibles en todo razonamiento analógico. En nuestro supuesto, la analogía se detiene en el reconocimiento de un derecho de reparación. A partir de allí, la individualidad ontológica del problema toma su propio curso.

Lo que nos lleva a la segunda pregunta. Doctrina y jurisprudencia se han mostrado relativamente concordes sobre la justicia del procedimiento expropiatorio y la limitación de la reparación al daño emergente. Este acuerdo, ¿podría ser igualmente extensible al supuesto de prisión preventiva sin condena? ¿Podríamos considerar justa una “reparación” limitada al daño emergente en este escenario?

Hemos visto ya que la analogía no implica igualdad, sino semejanza de elementos propios<sup>148</sup>, entre los casos tratados; de allí que ciertas diferencias sean no sólo posibles, sino indispensables para que opere el argumento. En el supuesto analizado, tal particularidad nos lleva a reconocer la naturaleza dispar de ambas restricciones de derechos analizadas. Es indudable que las afectaciones son en extremo disímiles; propiedad y libertad son susceptibles de ser afectadas de distintas formas, y podrán requerir distintas reparaciones, porque los daños, simplemente, no son iguales. Dejar indemne al afectado requerirá de ciertas concesiones en tal sentido.

---

<sup>148</sup> De lo contrario, constituirían formas diferentes de disponer una misma norma, y el caso “analógicamente” subsumible en la norma cuya interpretación no se discute tendría en esta última suficiente apoyo legal como para tornar el problema en meramente aparente.

Y es que, si continuamos el razonamiento analógico, comprendiendo en la reparación sólo el daño emergente, la indemnización en el supuesto de prisión preventiva sin condena, no sería tal. La justa compensación que exigiría un imperativo de equidad se limitaría a un mero reconocimiento del sacrificio personal, sin reflejo efectivo de resarcimiento. ¿Qué otra conclusión cabría seguirse de las consecuencias derivadas de aquella restricción? ¿Existe siquiera un daño emergente en caso del encarcelamiento preventivo? Es más, por difícil que resulte imaginar un detrimento de valores económicos ya existentes en el patrimonio del afectado, su sola existencia no justifica limitar la reparación a ellos, como si el patrimonio fuera el principal objeto perjudicado. Peor aún, una visión patrimonial del fenómeno de privación de la libertad debería al menos dejar incólume al imputado en aquel sentido económico, pero esto tampoco se produce si la indemnización no alcanza a cubrir siquiera el lucro cesante. Cabe destacarse que, apegados a esta visión economicista del hombre, este último rubro es el de mayor importancia en el supuesto bajo análisis. El sujeto privado de su libertad se ha visto impedido de continuar con una labor lucrativa<sup>149</sup>, por lo que el perjuicio económico se patentiza principalmente en este aspecto.

Aún así, el daño principal que se deriva de la prisión preventiva no se relaciona con lo económico. La pérdida monetaria, si existe, es solo una nimiedad infortunada en la jerarquía de padecimientos que sufre quien ha sido tildado de criminal y tratado como tal<sup>150</sup>. Las condiciones de encarcelamiento, reprobables aún para quienes se hallan condenados, agravan el estado de encierro. Marchiori<sup>151</sup> nos dice que “esta trilogía situacional de ser una institución aislada, cerrada y de castigo conduce a múltiples y continuos problemas internos, propios de una institución que marca, en muchos casos, la venganza como la tarea principal de la pena, en su fase ejecutiva. De esta situación de venganza no queda excluida la prisión preventiva. Por el contrario, ...la actitud hacia él (el imputado) es un verdadero castigo, es decir una retaliación jurídico-social”.

Precaria asistencia médica y nula asistencia psicológica y social, ausencia de programas educativos y laborales, celdas colectivas sin seguridad personal, ubicación aleatoria, limitados contactos con el grupo familiar. Estas

---

<sup>149</sup> Aún si quisiera se vería imposibilitado de trabajar en las instituciones de encausados, por la ausencia de infraestructura institucional o reglamentaria para ello.

<sup>150</sup> Difícil es negar que la prisión preventiva actúa como castigo. Aún cuando las penas no debieran actuar como tal, igualmente lo hacen, y de esta naturaleza no escapa la prisión preventiva, como veremos a continuación.

<sup>151</sup> MARCHIORI, Hilda, *La prisión preventiva y el problema de su ejecución*, Opúsculos de derecho penal y criminología, Córdoba, Argentina, 1986.

son algunas de las características destacadas por Marchiori sobre el trato al individuo sometido a prisión preventiva. También destaca la autora que, aún sin estas particularidades, el ingreso a una institución penitenciaria siempre implica un cambio total de modo de vida, ocasionando una intensa angustia y un temor indiscriminado y general; pues una de las mayores situaciones de stress es la pérdida de la libertad, el encierro, la incomunicación con el núcleo familiar y con la comunidad, las limitaciones psicomotrices, las limitaciones culturales y de relaciones interpersonales, así como el stress de la percepción existencial del tiempo<sup>152</sup>. Este escenario se manifiesta en reacciones de graves consecuencias, que van desde ataques violentos, impulsivo – agresivos, hasta manipulaciones y conductas auto destructivas<sup>153</sup>.

Por supuesto, la acreditación de los daños sufridos competirá al demandante afectado por el encarcelamiento preventivo, en aplicación de los principios generales de la carga de la prueba, pero el panorama esbozado tiende a demostrar cuan frecuentes y notorios son los menoscabos que exceden lo económico.

No entremos ahora a analizar otros perjuicios mayores, derivados de delitos y conductas antisociales dentro de la institución (agresiones sexuales como principal daño y de mayores connotaciones emocionales, robos, lesiones, ataques verbales, etc.), pues ellos comprenden un ámbito específico de responsabilidad, que puede competirle al Estado aún respecto de condenados. Por ello, y por consistir una consecuencia casual<sup>154</sup> de la privación cautelar de la libertad, se manifiesta como un daño que debe estimarse no resarcible en el área de responsabilidad por actos lícitos. El responder estatal por tales casos, de existir por la omisión de provisión de medios adecuados de seguridad personal, debe encaminarse por carriles autónomos<sup>155</sup>.

Independientemente de estas conductas vejatorias y tristemente usuales, quien haya conocido, al menos brevemente, estas cárceles oscuras, deterioradas, deprimentes, sabrá que el daño moral del imputado es

---

<sup>152</sup> En días calcados de ociosidad, ver pasar el tiempo es una exasperante desesperación, en la incertidumbre de no saber el destino de la persona, o el tiempo que permanecerá allí.

<sup>153</sup> No son infrecuentes los intentos de suicidio. En el año 2003, un 0,2 % de la población carcelaria nacional intentó suicidarse. Datos según Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP).

<sup>154</sup> Aunque por la frecuencia con que se observan este tipo de daños, bien podría llegar a sostenerse su previsibilidad; aunque no implique, por cierto, su calidad de resarcible.

<sup>155</sup> De responsabilidad aquiliana.

incuestionable. Esta realidad es tal respecto de todos los prisioneros, pero se potencia cuando quien sufre sus consecuencias es una persona que no merece pena alguna. La victimización del sistema penal<sup>156</sup> presenta rasgos mucho más dramáticos en estos supuestos.

El descrédito hacia la administración de justicia potencia el perjuicio espiritual. La creencia colectiva, que determina la culpabilidad del sujeto en el momento mismo en que es encarcelado preventivamente, no entiende de absoluciones o sobreseimientos o, cuando menos, no reconoce totalmente la inocencia. Esto acarrea, al igual que sucede con los condenados, un proceso conocido por sociólogos como etiquetaje. Una vez que el procesado es estigmatizado (el estigma representa una marca social de connotaciones negativas y de la que el resto de la sociedad se sirve para definir a esa persona), le resulta muy difícil desembarazarse de tal caracterización. Se le impone una identidad, en la que aquel estigma pasa a funcionar, en ocasiones, como el status dominante. Hasta tal punto llega el perjuicio y la institucionalización de este proceso, que el juicio y la publicación periodística funcionan como *ceremonias de degradación*<sup>157</sup>.

Frente a este escenario, es indiscutible que el perjuicio económico es el menor de los males que siguen al auto de prisión preventiva. No obstante, la tesis que propicia una reparación, pero limitada, restringe la indemnización sólo a una pequeña (ínfima o nula) porción de aquel rubro<sup>158</sup>. Así, la respuesta a aquella pregunta sobre la justicia de esta posición restringida ha quedado, estimo, respondida por el mismo peso de las palabras precedentes. Cuando la afectación de derechos roza sólo lo material (al menos directamente), como acontece con la expropiación, una indemnización que únicamente cubra lo económico puede ser considerada como tal. Pero cuando la libertad es el bien afectado, lo patrimonial pasa a un inexorable segundo plano. Lógicamente, la reparación propugnada deberá en cualquier caso traducirse en una cifra dineraria, pero no porque a ello se reduzca el perjuicio, sino porque siendo imposible la reparación en especie, el dinero es el medio más adecuado, dentro

---

<sup>156</sup> Ver NEUMAN, Elías, *Las víctimas del sistema penal*, Opúsculos de derecho penal y criminología, Córdoba, Argentina, 1985. También ALFANO – EPSZTEIN - ORTIZ ALMONACID; “Condenados sin condena. Análisis y reflexión del control social que producen las penas privativas de la libertad sobre familiares de los prisionizados y sus posibles explicaciones”, Derecho Penal Online, 2005.

<sup>157</sup> GARFINKEL, Harold; “Conditions of Successful Degradation Ceremonies”, American Journal of Sociology, 1956.

<sup>158</sup> Recordemos que, siguiendo el criterio de reparación de equidad que sostiene el modelo expropiatorio, la indemnización se limitaría a cubrir el daño emergente.

de las imperfectas soluciones que puede brindar el derecho, para compensar medianamente el enorme perjuicio injustamente sufrido.

Retomando aquel segundo interrogante, la respuesta negativa se impone con creces. Una reparación limitada al daño emergente no es justa. Dista de ser equitativa y es casi una burla si con ella se pretende indemnizar (dejar sin daño) al afectado.

Es por todo ello que abrigo una reparación integral, única coherente institucionalmente con los principios constitucionalmente consagrados. De otra forma, reconocer una reparación que lejos está de reparar lo más dañado, se acerca más a un subterfugio judicial encaminado a aparentar una protección inexistente de derechos personalísimos. Su afectación sería condenada, pero no reparada, ni mucho menos evitada.

Esta reparación plena o integral implica dejar al afectado en las mismas condiciones y situación en que se encontraba con anterioridad a ocurrir el evento dañoso. Lógicamente, siendo imposible la reparación en especie, el dinero suplirá aquella compensación específica. Este criterio objetivo de reparación pone el acento en el daño causado, con total prescindencia del comportamiento asumido por el dañador. Reparar integralmente implicará determinar el contenido y la medida del daño. La primera acción se encamina a dilucidar aquellas consecuencias dañosas que se hallen en una relación de causalidad adecuada con el comportamiento causal (según el régimen jurídico actual); pues este principio no importa consagrar una obligación de resarcir todo daño materialmente ocasionado a un tercero. De allí que se establezcan regímenes predeterminados de imputación de consecuencias, que determinan el límite que separa el daño causado e imputable del meramente casual o fortuito o, al menos, no imputable al obrar del dañador. De cualquier forma, esta determinación es, en última instancia, una decisión de política legislativa.

No obstante, dadas las características actuales del sistema, no hay duda alguna que el Estado respondería en el caso bajo análisis al menos por las consecuencias inmediatas del encierro cautelar<sup>159</sup>. Pero bien podrán excluirse de este ámbito de responsabilidad, aunque para incluirse en otro más específico, los daños que se deriven de situaciones perniciosas motivadas por personas dentro de la institución, que excedan lo estrictamente reglamentario,

---

<sup>159</sup> Código Civil, art. 903. Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.

propio del estado de prisión. Estas consecuencias abarcan las denominadas casuales<sup>160</sup>.

El segundo paso es determinar la medida de aquel contenido dañoso, procurando alcanzar una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Para ello se siguen cuatro reglas fundamentales<sup>161</sup>: el daño debe ser fijado al momento de la decisión, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido.

La importancia de este principio no es menor, al punto que nuestra Corte Suprema de Justicia se refiere a él como “el principio constitucional de la reparación integral”<sup>162</sup>, extrayéndolo como derecho fundamental del amplio margen que permite el artículo 33 de nuestra Constitución. Como corolario de esta concepción, entra en juego el artículo 28 de nuestra Carta Magna, exigiendo cierto grado de razonabilidad en la imposición de limitaciones a los derechos por ella consagrados. En tal sentido, destaco nuevamente que un sistema de resarcimiento limitado al daño emergente, en el supuesto de prisión preventiva sin condena posterior, constituye una restricción no razonable al principio de reparación plena, al afectar y socavar las bases mismas del artículo 17, analógicamente aplicable –en la forma descripta– al supuesto de estudio. La equidad, justa compensación, indemnización debida por el Estado en pos de recuperar la igualdad afectada sólo se alcanza, medianamente, cubriendo todos los daños que hayan sido consecuencia inmediata del obrar judicial lícito.

Pretender excluir de la reparación al daño moral, fundados en que el mismo proviene de un obrar estatal lícito, importa enrolarse en una concepción casi superada. Esta parte de estimar que resarcir el daño moral es una forma de castigar un obrar reprochable, de allí que cuando el acto no importe una falta subjetiva, no puede considerarse a aquel como resarcible. No obstante, la actual teoría del responder centra su núcleo, con acierto, en la injusticia del daño, no sólo desde la perspectiva del dañador sino, esencialmente, desde la óptica del perjudicado. Aún el daño moral es apreciado con un enfoque objetivo, por lo que es, por su entidad cualitativa y cuantitativa, con total abstracción de la mayor o menor malignidad que pueda asumir la conducta del dañador. Seguimos a Burgos y Marchand<sup>163</sup> al afirmar: “la responsabilidad

---

<sup>160</sup> O acaso mediatas, según el grado de previsibilidad estimable.

<sup>161</sup> PIZARRO, R. D. – VALLESPINOS, C. G.; *Obligaciones*, Ed. Hammurabi, 1999.

<sup>162</sup> CSJN, 24/9/95, “Pérez Freydy c. Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1998-III, síntesis.

<sup>163</sup> BURGOS, Débora – MARCHAND, Mercedes; “Responsabilidad del Estado”, Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina, 1999.

civil es un fenómeno resarcitorio y unitario, que supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el daño injusto causado a otro, que debe prevalecer, sin perjuicio de que éste tenga su origen en una conducta lícita o ilícita...”.

Así, resultando indiferente la licitud o ilicitud de la conducta, el régimen aplicable es idéntico (salvando las particularidades de cada caso). Por ello, el principio de la reparación plena o integral pasa a ser el criterio a seguir por el juzgador en cualquier supuesto, comprendiendo el resarcimiento de todos los daños (daño emergente, lucro cesante y daño moral)<sup>164</sup>.

En conclusión, el resarcimiento deberá extenderse hasta cubrir, en dinero pues la libertad no podrá ya recuperarse, todas las consecuencias perniciosas que se derivaren del encierro cautelar, dentro de los parámetros señalados<sup>165</sup>. Tales daños incluirán el virtual daño emergente, el más relevante lucro cesante por el tiempo de privación de la libertad, y el discutido y profundo daño moral. Dejar indemne al afectado, comprendiendo estos tres rubros en la compensación adeudada, es la única forma de mantener la igualdad constitucionalmente defendida, como ejemplo de respeto por los derechos personalísimos liberalmente consagrados. Es ésta la interpretación más coherente de nuestra Ley Fundamental.

### C) PRESCINDENCIA DE LEY ESPECIAL

Sobra decir que una ley especial que expresamente diera reconocimiento al derecho de reparación para aquel sujeto afectado por un obrar lícito del Estado en su faz judicial nos libraría de las dudas y discusiones que hoy empañan la consagración de aquel derecho indemnizatorio. La pregunta a responder, hasta tanto una normativa así de explícita haga su aparición, es si una ley especial es indispensable para dar pie al resarcimiento. O, en otras palabras, la ausencia de legislación en tal sentido, ¿obsta tal reparación?

Tratándose de daños lícitos, ciertos resabios decimonónicos de la dogmática jurídica se empeñan en sostener la necesidad de una normativa

---

<sup>164</sup> Las diferencias, necesarias, estriban principalmente en el régimen de consecuencias propio de cada supuesto de responsabilidad. Así, determinados perjuicios (pero con absoluta independencia de su categoría de emergente, cesante o moral) quedarán incluidos o serán excluidos al determinar los *daños resarcibles*.

<sup>165</sup> Consecuencias inmediatas, indiscutiblemente, debidamente acreditadas en el proceso pertinente.

especial que consagre un derecho indemnizatorio. El peso de tal razonamiento, de la mano de siglos de irresponsabilidad estatal, se acrecienta ante terrenos borrascosos como el de la prisión preventiva legítima, donde la importancia del afianzamiento de la justicia y la desconfianza crónica y estereotipada hacia su administración resienten cualquier concesión.

Podríamos decir que se trata de una corriente de pensamiento superada, que tras la Segunda Guerra Mundial emergió una nueva categoría de derechos, los personalísimos, que avientan cualquier posible restricción fundada en la omisión o auto limitación estatal, pero no sería del todo cierto. Ghersi<sup>166</sup>, al comentar un fallo de 1994 de la Cámara Civil y Comercial de Junín que se enrola en esta tesis de irresponsabilidad estatal por el obrar lícito del Poder Judicial, entiende que la negativa de la Cámara no es ideológica. Por el contrario, pese a aceptar el criterio de reparación, “señalan que no existe “ley concreta” –como en el error judicial- para la condena a la reparación”.

Indudablemente, es en razón de estos resabios de antaño que será menester dar razones para defender la prescindencia de una ley especial.

Hart<sup>167</sup> nos diría que los lenguajes naturales muestran una irreducible textura abierta. Esto implica que, cualquiera sea la técnica usada para comunicar pautas o criterios de conducta, en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán indeterminadas. Lógicamente, estos problemas no surgirán frente a la gran masa de “casos ordinarios, obvios, fáciles”, claramente subsumidos en el ejemplo revestido de autoridad. Pero en los lindes, donde aparezcan dudas<sup>168</sup>, su resolución implicará un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas. Esta falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Ahora bien, los límites del lenguaje no son necesariamente perniciosos. Abrir ciertas cuestiones a la discreción<sup>169</sup>, guiada por ciertas pautas, dista de ser desalentador. Por el contrario, concuerdo con Hart en afirmar que la concepción de una regla tan detallada que su aplicación fuera virtualmente mecánica, sin implicar un mínimo de elección entre

---

<sup>166</sup> GHERSI, Carlos A.; “Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales”, op. cit.

<sup>167</sup> HART, Herbert L. A.; *El concepto de Derecho*, Trad. por Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo – Perrot, Argentina, 1963.

<sup>168</sup> Tradicionalmente denominados casos difíciles o “hard cases”.

<sup>169</sup> No es momento ahora de analizar las importantes precisiones que sobre este término caben realizarse, pero la puerta queda abierta en tal sentido.

alternativas abiertas, no es deseable, ni aún como un ideal. Porque somos hombres y no dioses, la necesidad de tal elección nos es impuesta<sup>170</sup>.

No es siquiera razonable pensar en un legislador que lo prevea todo. La incertidumbre sobre ciertos hechos, la indeterminación de propósitos, la naturaleza cambiante del ámbito de aplicación son límites infranqueables para este productor de normas. La Constitución es el ejemplo más claro de textura abierta, debido a la generalidad comprensiva de sus normas y principios, destinados a guiar la organización de una sociedad por siglos, en sus más variados aspectos.

“Para no tener que retocar o innovar la Constitución, reducirla a las cosas fundamentales...”. “La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes...La ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Éste la hace ser sabia o inicua”. Son estas las indicaciones de Alberdi para nuestras bases constitucionales. A sabiendas de la imperfección de las palabras, estima que deberán ser bien tomadas, de la mano de jueces sabios que creen una igualmente sabia jurisprudencia, suplemento de la legislación, siempre incompleta.

Una ley no puede contemplarlo todo. Y mal podría una Constitución incluir en su seno pequeñas nimiedades, ajenas a la generalidad propia de una guía intemporal. Los derechos personalísimos que ella consagra no sufren por la ausencia de leyes especiales. Su existencia podrá reforzarlos, pero su inexistencia no podrá jamás negarlos.

Es en estos principios<sup>171</sup> en que se asienta el derecho de reparación de quien permutó su libertad por el bien común, y por tal daño debe ser resarcido por aquella comunidad beneficiada. Ella no tendrá más representante que el Estado, quien procurará su bienestar, pero deberá cubrir aquellos costos que surgen para conseguirlo. Retomo en tal sentido las palabras de Gherzi<sup>172</sup>: “partiendo de la idea-fuerza de que todo daño debe ser indemnizado<sup>173</sup>”, por un

---

<sup>170</sup> HART; op. cit.

<sup>171</sup> Dworkin resolvería el problema recordando la existencia de una categoría jurídica aparentemente olvidada por positivistas como Hart: los principios. Ellos constituyen una parte fundamental del sistema jurídico, diferente de las normas, capaz de fundar en nuestro caso el derecho resarcitorio, sin requerir manifestación legislativa expresa en tal sentido.

<sup>172</sup> GHERSI, Carlos A., op. cit.

<sup>173</sup> Luego de la causa Santa Coloma, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo uso de la potestad interpretativa que le compete, como guardián de la Constitución, declaró como principio de raigambre constitucional la máxima

principio de solidaridad social, el Estado no puede autoexcluirse, con pretexto de que "él mismo no haya dictado una normación especial"; la auto impunidad debe ser desechada como tal y los jueces tienen la obligación de recurrir a los principios generales del derecho".

En conclusión, la ausencia de una ley especial no podrá ser alegada como límite a la reparación. Los jueces deberán hacer uso de su potestad discrecional, interpretando la Constitución, optando entre las alternativas que deja abierta la falibilidad normativa propia de la naturaleza humana. Deberán bucear por los principios que allí se enmarcan para dar respuesta a aquellos casos que se alejan de lo cotidiano. Y, precisamente, en esa Carta Magna encontrarán las herramientas necesarias para consagrar el resarcimiento de aquel sujeto dañado en pos del bien común<sup>174</sup>.

Cabe destacar que los intentos legislativos por dar acogida a una reparación a favor del imputado privado preventivamente de su libertad, que luego resulta sobreseído o absuelto, han superado ocasionalmente el plano meramente discusorio, para plasmarse en proyectos efectivos, propensos a una sanción total del Congreso. El más notorio, por su profundidad y apertura a la discusión pública, es el reciente Anteproyecto de Código Penal<sup>175</sup>. Este procura una modificación completa del cuerpo penal básico de la mano de una adopción valiente de principios penales modernos.

La relevancia de dicho anteproyecto, y el motivo de su tratamiento en este escrito, no reside en la inminencia de su aprobación y ulterior entrada en vigencia (pues de hecho principios como el de reparación aquí sustentado conspiran contra una aceptación popular<sup>176</sup>). Por el contrario, es el rechazo general a reformas como la que dicho cuerpo propicia la razón principal de su tratamiento en estas páginas. Y es que si bien el proyecto puede fenecer siendo sólo eso, demuestra con creces que el apoyo doctrinario a medidas de protección de valores fundamentales, esencialmente individuales, ha traspasado incluso las tapas de algunos escasos libros, para colarse por la

---

romanista "alterum non laedere". Como consecuencia del deber de no dañar a otro, extraído del art. 19 –a contrario sensu- de la Ley Fundamental, emerge a favor de quien sufre tales daños un derecho pertinente de reparación.

<sup>174</sup> Confío que el capítulo anterior haya sido convincente en tal sentido.

<sup>175</sup> Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. N° 303/04 Y N° 136/05). Texto final al 12-05-06.

<sup>176</sup> Lo que dificulta las probabilidades de que este nuevo cuerpo vea la luz del día. La disociación entre legislación y realidad parece ser el argumento preferido de rechazo.

puerta grande, o acaso una pequeña rendija, del Congreso y el debate popular. El relativo desamparo social bajo el cual crecen proyectos de este tipo, si bien atendible y comprensible, no es definitivo.

Analicemos someramente el contenido concreto de esta iniciativa legislativa. En el marco de grandes reformas, frecuentemente tildadas de “garantistas”, se asienta el artículo décimo de este significativo proyecto. En aquel se trata la prisión preventiva, actualizando el cómputo del plazo así sufrido a los fines de su deducción de la pena efectiva. La actualización se limita a establecer un plazo único, de *“UN (1) día de detención o prisión preventiva por UNO (1) de prisión o UNO (1) de día-multa, cualquiera sea la causa o proceso en que se dispuso”*. La razón estriba en la eliminación de la reclusión como especie de pena privativa de la libertad. *“Sin perjuicio de ello, la Comisión advierte –a su vez- sobre la necesidad de formular en los ámbitos competentes una reglamentación uniforme sobre medidas procesales no privativas de la libertad que apunten a garantizar la realización de los procesos penales. Ello en tanto la realidad ha convertido a la detención o prisión preventiva -ya bajo el pretexto cautelar o incluso con explícitos fines asegurativos-, en la forma corriente de cumplir la pena de prisión, lo cuál merece un serio reparo constitucional”*<sup>177</sup>.

Pero las modificaciones no culminan allí. A renglón seguido, y siguiendo las líneas de coherencia que se fijaron en los apartados anteriores, se fija una compensación económica a favor del imputado privado cautelarmente de su libertad, cuando el proceso culmine con su sobreseimiento o absolución. El proyecto de reforma se hace eco así de las incongruencias antes resaltadas, reparando la desigualdad enmascarada en la reparación en especie del condenado.

*“Precisamente, en el convencimiento de que la función de asegurar el juicio es excluyente del estado, al regular el cómputo de prisión preventiva (convertida hoy en la respuesta principal del sistema penal a pesar de la presunción de inocencia), se prescribe que la detención o prisión preventiva sufrida por una persona que resulte absuelta o sobreseída le dará derecho a ser compensada por el Estado”*<sup>178</sup>.

El importe de la compensación fijada, a cargo del Estado, tiene una doble posibilidad de determinación. En primer lugar, mediante un mecanismo indudablemente administrativo, la determinación corresponderá al Tribunal

---

<sup>177</sup> Según exposición de motivos del proyecto integral de reforma del Código Penal.

<sup>178</sup> Exposición de motivos.

Superior de aquel que hubiera dictado la medida, con participación del Ministerio Público. No obstante, y dando el valor respectivo al principio de la reparación plena o integral, se permite expresamente al afectado el recurso ante los tribunales ordinarios para procurarse una indemnización superior.

El proyecto es simple y concreto en cuanto a sus fines. No obstante, las reglamentaciones posteriores serían indispensables, por supuesto, para un adecuado funcionamiento del instituto. Así, por ejemplo, no se discrimina entre causales de sobreseimiento o absolución, lo que redundaría en graves disquisiciones interpretativas (análogas a las efectuadas en otros párrafos de este escrito), de resultados diversos. Tampoco se presenta siquiera un indicio de los rubros susceptibles de reclamo, lo que abrirá las puertas a limitaciones que tildamos antes de incoherentes, pero que tienen gran apoyo doctrinario.

En fin, es indudable que la promulgación de la normativa expuesta facilitaría el arribo de soluciones acordes a los lineamientos constitucionales, pero sería prudente aguardar igualmente por una “sabia jurisprudencia”, dueña de una interpretación “coherente”, antes de darnos por satisfechos. Para ello, el peso de estas páginas y las doctrinas que las sustentan sería, aun ley mediante, un útil punto de partida.

Mientras tanto, el derecho de reparación se sustentará, por sí solo, al amparo acogedor de la Constitución Nacional.

#### D) CONSECUENCIAS POSIBLES

Antes de efectuar unas breves consideraciones finales, estimo relevante llevar a cabo un análisis sobre las secuelas posibles de una hipotética aceptación generalizada de la tesis hoy defendida, ya sea en virtud de un proceso jurisprudencial uniforme, desencadenado seguramente por fallos coincidentes a favor de la reparación por parte de la Corte Suprema, o en virtud de una ley especial que, aunque innecesaria como fue reseñado, acoja expresamente la procedencia de resarcimiento.

Es casi innegable, y acaso innecesario, reconocer que gran parte del elenco de magistrados que enarbolan el “poder Judicial” sufren cierto escozor al condenar al Estado, en cualquiera de sus manifestaciones y por cualquier causa<sup>179</sup>. Este fenómeno se aprecia con mayor facilidad en el Tribunal máximo

---

<sup>179</sup> Recuerdo en tal sentido las palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci en el II Congreso Nacional de Derecho, realizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba los días 29, 30 de septiembre y 1 de octubre de 2005.

del país, donde la politización de la Justicia (como se ha dado en llamar este proceso que resulta en poderes desdibujados de sus particularidades esencialmente propias) ha cobrado matices más notorios. De allí que una aceptación generalizada de la tesis de responsabilidad estatal por el encarcelamiento preventivo que no culmine en condena aparezca, *prima facie*, como un escenario borrascoso. Amparados o quizás inhibidos por el enorme peso del Estado del que dependen funcionalmente, legisladores y jueces ven con recelo modificaciones tan perniciosas para las arcas estatales.

Otro factor limitativo, tal vez de mayor importancia, es la conciencia social vengativa, que quiere sangre ante el primer sospechoso que las cámaras muestren. Se rasgan las vestiduras cuando un imputado es liberado porque creen que ha fallado la justicia (y en efecto, a veces lo hace), y en ocasiones la procuran por mano propia. Así nacen apotegmas revolucionarios justificantes que pregonan, por ejemplo, que “la violencia del pueblo no es violencia, es justicia”. El gran peso de la sed popular también recae sobre el más político de los poderes, el legislativo, empapando a su vez a aquel poder que debería aislarse de tal opinión y presión pública, el judicial. Recordemos las palabras de Alexander Bickel<sup>180</sup> para defender a este último poder como la rama menos peligrosa: “*The judicial branch’s insulation from popular will (elections) allowed it to be faithful to the sovereign will (the Constitution)*” -“El aislamiento del poder judicial respecto de la voluntad popular (elecciones) le permite ser fiel a la voluntad soberana (la Constitución)”<sup>181</sup> Pero ya hemos visto que la Constitución es un soberano en ocasiones difícil de interpretar. Y allí donde hay duda, confusión y opiniones encontradas, toda decisión puede presentarse como constitucionalmente amparada. Casualmente ella tiende a coincidir con la deseada por aquellos poderosos centros de presión.

Pero no descartemos el cambio, no demos por sentado que lo malo está condenado a permanecer así. Las opiniones cambian, o pueden ser cambiadas. También aquellas estrictamente políticas. Algunos jueces

---

<sup>180</sup> BICKEL, Alexander M.; *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

<sup>181</sup> La traducción me corresponde. Cabe destacarse que esta afirmación dista de ser pacífica en la doctrina norteamericana. Muy por el contrario, críticas han surgido a la luz de décadas de expansión de poder judicial desde BROWN (v. *Board of Education of Topeka*, 1954), poniendo en dudas la vigencia actual de aquella concepción. Ver en tal sentido POWERS, Stephen P. – ROTHMAN, Stanley; *The least dangerous branch? Consequences of judicial activism*; Westport, Connecticut, 2002.

aislados<sup>182</sup> ya han reconocido el derecho reparatorio, fundando sus decisorios en interpretaciones de un mismo texto constitucional. La protección de derechos individuales ha ganado terreno político y jurídico en estos nuevos tiempos (sin desproteger los derechos sociales arduamente conseguidos). La libertad -en sus distintas variantes- parece erigirse en la cima de esta pirámide proteccionista que balancea derechos igualmente fundamentales frecuentemente contrapuestos.

Volvamos ahora a la pregunta original; tratemos de dilucidar consecuencias posibles de una reforma que fue pregonada en el fondo de cada una de estas páginas como la opción constitucional más coherente con el contexto institucional existente.

Ciertas secuelas serían enormemente visibles, a la par de enormes reproches públicos provenientes de sectores sociales afectados o temerosos de la inseguridad. Estos sectores han desencadenado reformas legislativas que con crudeza pretenden encontrar la justicia. Ellos serían con certeza uno de los primeros en reprochar una decisión que resarce a quienes ellos probablemente estimarían delincuentes, liberados por tecnicismos o quien sabe que arreglo político amparado en una esfera de corrupción. No neguemos que tal pensamiento haya recorrido alguna vez nuestros cuerpos. Pero hay otras opiniones posibles, que también nos permite el pensamiento racional.

Los hoy denominados “garantistas” -término acuñado casi con desprecio, como si se refiriera despectivamente a quienes defienden criminales y creen en sus derechos-, por su parte, probablemente aplaudan un cambio como el propuesto, pues ellos tienden a embanderar la protección de la Constitución y los derechos individuales en ella reconocidos.

Arduas críticas provendrían del Estado, por dos razones o acaso tres. En primer lugar, en apoyo de aquellos sectores fuertes que representan un loable deseo de justicia, difícilmente cuestionable en cuanto a sus fines. En segundo lugar, motivaciones financieras. Es posible imaginar avalanchas de juicios desencadenadas por aquellos liberados que reconozcan en este cambio una oportunidad acaso beneficiosa<sup>183</sup> de defender sus derechos. Graves

---

<sup>182</sup> Tribunal de la 16ª Nominación C. y C. de la ciudad de Córdoba, a cargo del magistrado Victoria Tagle, según extracto de La Voz del Interior – 31/12/2005; como ejemplo reciente y novedoso de aceptación.

<sup>183</sup> Aunque no se ha rozado el aspecto de la prescripción de la acción de responsabilidad, en pocas palabras resumo mi convicción de que, tratándose de un supuesto de responsabilidad extracontractual, el término de dos años (desde la

afectaciones económicas al erario público son secuelas no descartables de este eventual fenómeno. En tal sentido, Sagarna<sup>184</sup> nos presenta una posible solución al problema de la erogación. Propone este autor la creación de un “fondo especial” para situaciones de posibles daños como los reseñados, como medio de salvaguardar intereses del Estado-deudor, pero también como garantía de pago para el liberado-acreedor, “que ante los avatares de la justicia puede tener la eventualidad de no cobrar la reparación debida”. El fondo propuesto se formaría con aportes a crearse sobre las causas (penales y/o civiles) que lleguen a la justicia. Funcionaría como eje central de un sistema de procesos sumarios, de indemnización tarifada (estimo que a opción del liberado-acreedor). Así, ante la comprobación sumaria de los requisitos establecidos para consagrar la responsabilidad estatal, se abonaría la indemnización correspondiente, con topes de acuerdo a las circunstancias del caso (seguramente tiempo de encarcelamiento, condiciones del mismo, sueldo ostentado o ganancias dejadas de percibir durante dicho lapso, entre otras). Claro que el rechazo en la concesión de indemnización por este proceso sumario (o el desinterés del afectado de recurrir a él) abriría las puertas al reclamo de la reparación plena o integral en sede judicial ordinaria.

Sobra destacar que este es sólo un método de procurar solvencia, que no descarta otros. En última instancia, será el Estado quien deba ingeniar la forma de cargar con las consecuencias de la administración de justicia.

Lo que nos lleva al posible tercer motivo de rechazo: el ideológico. Es por demás factible y ciertamente lógico que los representantes estatales no concuerden con la postura hoy defendida. Ella no pretende ser inatacable, sino sólo una interpretación que aspira a ser la más apropiada. La defendería hasta exprimir el último de mis argumentos (y los de otros), pero acepto, claro está, divergencias doctrinarias. Uno de los pilares del liberalismo defendido es que toda convención puede ser sometida a crítica; todo puede ser discutido. Así, podría alegarse que el utilitarismo es la mejor forma de llevar adelante una sociedad, o que la administración de justicia es un valor individual de beneficio colectivo y personal, de mayor jerarquía en el caso concreto que la propia libertad. Es al fin de cuentas una decisión política. Por más vinculante que sea la Constitución Nacional, su interpretación parece ser susceptible de

---

comunicación de la sentencia de absolución o sobreseimiento definitivo y liberación) es el que mejor se amolda a las particularidades de la pretensión.

<sup>184</sup> SAGARNA, Fernando; “La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas”, LA LEY 1996-E, 890; siguiendo a HERRERA, *Reforma Penal*, p. 278 y subsigtes., cit. por SEMON, J. M., “La reparación a las víctimas...” cit., en “Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires”, año XX, t. XIX, nos 2 y 3, Buenos Aires, 1941.

devenir en tantas soluciones como intérpretes existan. Las habrá mejores y peores, pero también hay intérpretes más y menos fuertes, de acuerdo a las circunstancias. Estos últimos tendrán en los hechos la decisión final (aunque no infalible<sup>185</sup>).

Pero las consecuencias de una aceptación generalizada de la postura defendida no acabarían, estimo, en críticas, elogios y perjuicios económicos. Hay una segunda secuela posible que puede considerarse beneficiosa. Frente al temor estatal de verse cubierto de demandas que, a más de afectar su solvencia, lo tilden de dañador de derechos personalísimos tales como la libertad, es acaso factible que el instituto de la prisión preventiva sufra grandes reformas.

A nadie escapa el hecho de que el mismo no funciona correctamente. De hacerlo, las afectaciones individuales no serían tantas. No es una realidad deseable la que marca<sup>186</sup> una población carcelaria conformada en más del 60% (cuantificable en una cifra superior a 35.000 personas) por procesados sin resolución condenatoria. Las situaciones carcelarias son, según se ha destacado, altamente perniciosas y violatorias de pautas trazadas por convenios internacionales de los que nuestro país forma parte, y que tienen hoy jerarquía constitucional.

Modificaciones de este tipo, acompañadas de una utilización más racional del instituto, reducirían las demandas –y sus montos-, mientras se lleva a cabo un mejoramiento obligatorio y largamente adeudado de una función deficiente. Así, sin rechazar la prisión preventiva como medida en ocasiones beneficiosa de coerción personal y seguridad colectiva, la difusión de la alternativa propuesta a esta realidad defectuosa serviría como elemento de presión al Estado para desencadenar una revisión de importancia.

Tal vez movidos por el cinismo, podríamos pensar otra consecuencia, ahora negativa. Así, una tercera secuela visible, que se suma a la cascada de procesos dañinos para las arcas estatales<sup>187</sup> y la utilización más racional de la prisión preventiva y reformas al sistema, podría acontecer. Lo que denominaría condenas forzadas. Ya destacamos que la realidad nos muestra un

---

<sup>185</sup> Definitividad e infalibilidad no serán, salvo para un escéptico de las reglas, términos equivalentes.

<sup>186</sup> Según datos oficiales del sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP).

<sup>187</sup> A más de las muchas críticas posibles.

encarcelamiento preventivo con dejos de castigo o condena anticipada. Es dable pensar que el funcionamiento actual de este instituto llena las expectativas de quienes encuentran en el mismo una forma simple de imponer una pena a quien por distintas causales no será condenado. Este razonamiento parte, por supuesto, de una desconfianza congénita en la administración de justicia, análoga a la que manifiesta gran parte de nuestra sociedad. Quien comparta tales criterios se verá indignado al consagrar o permitir que quien estima culpable no sólo sea liberado, sino también resarcido por el “ínfimo” castigo que, al menos, se le pudo imponer con el encarcelamiento preventivo. Si tal persona ocupa o llega a ocupar un cargo de poder de decisión, podría forzar convicciones inexistentes para, lisa y llanamente, condenar a un inocente que personalmente considera culpable.

Esta posibilidad, no obstante, debe ser descartada no bien la imaginación nos abandone para volver a una realidad más racional. Realidad en la que se ve poco probable que un juez o un fiscal, un policía o un miembro de la policía judicial, arriesgue su integridad moral forzando evidencias, generándose una falsa convicción, afectado por pasiones personales o presiones sociales o políticas<sup>188</sup>. Y si esta concepción moral de la sociedad es por demás incorrecta, confío igualmente en que tales casos serán excepcionales, y merecerán sólo una respuesta igualmente particular.

En última instancia, habrá que aguardar las consecuencias, lidiando con ellas a medida que se presentan. Sí es dable destacar de antemano que, por negativas que sean las secuelas imaginables, ellas no podrán ser alegadas como obstáculos para reconocer el derecho resarcitorio. La libertad y su protección pesan, al menos en este caso, mucho más.

---

<sup>188</sup> Sospechas y rumores, a veces o publicados, dan cuenta de ciertos casos en los que la corrupción motiva procesos infundados o sentencias manufacturadas al arbitrio del mejor postor. Pero la idea de una condena fundada en razones ideológicas, de defensa de la justicia por sobre la terquedad fría e insensible de la ley, es (para nuestro pesar como argentinos) casi demasiado altruista como para devenir en aquel frecuente escenario delictivo.

## CAPÍTULO QUINTO

### EPÍLOGO



## CAPÍTULO QUINTO

### EPÍLOGO

Separadas las malezas creadas por una sociedad que juzga inmediatamente y condena sin compasión, pudimos observar un grupo de inocentes, miembros de esa misma sociedad, que sufre a diario sus consecuencias.

La pregunta a responder es, simplemente, si tal sufrimiento merece reparación. O en otros términos, acaso más precisos, ¿así lo consagra nuestro ordenamiento jurídico? A lo largo de estas páginas procuré defender la afirmativa.

El latín de un viejo adagio romano nos instaría a no dañar a otros, o a exigir como consecuencia del perjuicio una reparación adecuada. La fuerza de aquellas instituciones romanas, quizás porque su defensa superó la grandeza de sus obras, ha burlado el paso los siglos, y con igual fortaleza los vientos del norte las traen a nuestras propias leyes. El *alterum non laedere* funciona hoy como lo hacía ayer. La Constitución nacional fue lo suficientemente sabia como para comprenderlo en su seno, disfrazado, aguardando, como tantos otros principios, el arribo de suficiente madurez. Por supuesto, el deber no es corolario del ser, y los daños acaecen por millares, propiciados aun por el propio Estado. Mas no todos los perjuicios son igualmente perniciosos, de allí que muchos de ellos encuentren con relativa simpleza una adecuada justificación.

Pero, ¿podemos acaso justificar a ultranza, sin reconocer reparación alguna, el enorme daño que causamos como Estado, aún en virtud de un obrar lícito, al encarcelar a un inocente? ¿Es posible que tal menoscabo sea justo desde la perspectiva estatal y fuertemente injusto desde la óptica individual? En tal caso, dicha injusticia, ¿justifica su indemnización? La clave se halla en la Constitución. Pues la postura defendida no es una mera expresión de deseos, una manifestación ideológica personal que procura cambiar el sistema. A mitad de camino entre el progresismo y el clasicismo, esta tesis procura hacer valer los pilares mismos de la Constitución nacional como respuesta a las afrentas totalitarias de un Estado cada vez más poderoso, que enarbola la bandera utilitarista para permitírsele casi todo sin responder por casi nada

Y es que nuestro Derecho ha evolucionado (y mucho) desde la consideración absolutista de un Estado todopoderoso en el que *the king can do no wrong*, para aceptar sin miramientos o demasiados obstáculos la

responsabilidad estatal. Y lo ha hecho aun cuando se trate de actos lícitos, que sin embargo dañan a un individuo y no a toda la sociedad. Nuestra Carta Magna lo ha reconocido expresamente, atiborrando de liberalismo sus palabras, en el instituto de la expropiación. Ya hemos visto sus semejanzas con la prisión preventiva; también destacamos que sus principios, curiosamente, parecen aplicarse cuando un individuo es condenado pero no cuando es considerado inocente. Las incongruencias surgen a la vista.

Para salvarlas sin modificar el sistema penal la opción es simple, la igualdad. Seamos honestos con nuestro sistema mientras defendemos la Constitución. Apelemos a sus principios, y no tardaremos en reconocer una idea de igualdad efectiva en el espíritu y letra del instituto expropiatorio. A su vez, y en consecuencia, si indemnizamos en especie al delincuente por su tiempo en prisión cautelar, repararemos al menos en grado equivalente al inocente, perjudicado por las circunstancias. No entremos tampoco en clasificaciones ajenas al proceso que solo esconden un sentir popular. La opción es clara a los ojos de la ley: inocente o culpable. No comprobada la culpabilidad, la inocencia se presume. No puede, ni deben existir ante los ojos de un tribunal personas más y menos inocentes. El liberalismo congénito de nuestra Ley Fundamental así parece exigirlo, y nuestro sistema penal indudablemente así lo impone.

Incluso podríamos reconocer, con acierto, que las ideologías de turno son en verdad contingentes, pero la institucionalidad del sistema parece ser siempre necesaria. Cuando faltamos a ella, para evitar connotaciones negativas o procurar el beneplácito de concepciones mayoritarias, desnudamos la idea de justicia, y la abandonamos al desamparo de la interpretación masiva, que juzga a espaldas del raciocinio. Claudicar de nuestras instituciones, cediendo al deseo popular de vendetta con gusto a satisfacción más que a justicia, no es una alternativa a primeras luces deseable.

Y aún si reconocemos que la sociedad se vería profunda y negativamente afectada si la tesis hoy defendida escapara a los límites de estas páginas para convertirse en realidad, ¿podemos seguir defendiendo esa postura restrictiva, armados sólo con argumentos de política utilitarista o consecuencialista? ¿Debemos lisa y llanamente entender que ellos están por encima de aquellos argumentos de principio?, ¿y qué nuestra Constitución así lo consagra? Estimo que no. Y podríamos alegar para ello la inviolabilidad y primacía del hombre como unidad moral primera, entre otros lugares comunes del iusnaturalismo fuerte. Sería posible también recurrir al amarillismo irracional y mostrar las cruentas secuelas que se siguen de la añorada protección del bien común, apelando a las emociones humanas, a la compasión, para convencer a quienes hoy se rasgan las vestiduras frente a

escenarios relativamente frecuentes de excarcelaciones, legalmente correctas, pero vistas como prueba fehaciente de impunidad por corresponder a personajes de banal notoriedad.

Pero aun si estas tácticas discursivas pudieran funcionar y promover reformas, y cambiar concepciones, y defender derechos, no estaría de acuerdo en emplearlas. No solo porque implicaría ceder nuevamente a consideraciones temporales, débiles, mayoritarias; sino porque no es indispensable, ni beneficioso, recurrir a ello. Al hacerlo perderíamos de vista la importancia de otros elementos, que nos permiten llegar a la misma conclusión, pero al margen de manipulaciones. O que aun podrían en un futuro sustentar otras soluciones, pero de la mano de una misma idea.

Me refiero al carácter institucional del Derecho. Su contenido es casi independiente de su importancia, y su protección excede los límites exigidos de sus normas. Al hacer caso omiso de su existencia, al despojarlo de su valor, afectamos gravemente nuestra sociedad y los cimientos en los que silenciosamente descansa. La noción de coherencia axiológica antes remarcada no es menor; es ella el mejor escudo frente a aquellas afectaciones auto inflingidas. Ella exige, demanda, reclama como forma de proteger a la sociedad, incluso de sí misma. Y es en tal sentido que nos exhorta a seguir el camino de la reparación. No porque esta conclusión sea la única posible, sino por ser la que emana del contenido institucionalmente acordado como eje central de nuestra convivencia colectiva. Es esta coherencia la que mantiene en pie al sistema, evitando que las erosiones diarias acaben tristemente por derrumbar años de historia y aprendizaje. De lo contrario, el camino de los padecimientos hubiera sido en nuestro caso andado sin provecho alguno.

En fin, la idea es simple (lo que acrecienta su envergadura): la coherencia hace a la institución; al protegerla, nos protegemos. Acaso aún un utilitarista puede comprender en estos términos que la defensa de derechos individuales, por liberales que sean, es también colectivamente beneficiosa, en tanto procure aquella protección institucional. Y se consagre así una indemnización que mitigue el daño injustamente sufrido, en pos de “nuestro bien común”.



### BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista; *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, (Versión original, Valparaíso, 1852), Plus Ultra, Buenos Aires, 2004.
- ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, 1986, traducción de Garzón Valdés, Madrid, 1993.
- ALFANO, Sebastián N. – EPSZTEIN, Laura - ORTIZ ALMONACID, Luciano; “Condenados sin condena. Análisis y reflexión del control social que producen las penas privativas de la libertad sobre familiares de los prisionizados y sus posibles explicaciones”, *Derecho Penal Online*, 2005, disponible en Internet: [http:// www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com).
- ARES, Valentina; “Responsabilidad del Estado (Con particular referencia a la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)”, *LexisNexis - Jurisprudencia Argentina*, 2005.
- ATIENZA, Manuel; *Tras la Justicia, Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993.
- BARBARÁ, Fernando L.; “Constitución y prisión preventiva”, *La Ley*, Buenos Aires, 2004.
- BARRAZA, Javier I.; “La responsabilidad del Estado en materia de prisión preventiva”, *LexisNexis, Jurisprudencia Argentina*, 2005.
- BICKEL, Alexander M.; *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962.
- BIDART CAMPOS, Germán; “¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad? (disquisiciones en torno de la responsabilidad estatal)”, *Revista de Derecho de Daños*, n. 9, “Responsabilidad del Estado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000.
- BORDA, Guillermo A.; *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 1992.
- BOSSERT, GUSTAVO A – MÁRQUEZ URTUBEY, LUIS O.; *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje a Atilio Alterini)*, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.)– Bueres, Alberto (Dir.), Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 1997.

- BURGOS, Débora – MARCHAND, Mercedes; “Responsabilidad del Estado”, Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina, 1999.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge; “Responsabilidad del Estado por 'Error Judicial'”, LA LEY, 1996-B, 311.
- CAFFERATA NORES – MONTERO y otros; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.
- CAFFERATA NORES, José I.; “Limitación temporal de la prisión preventiva y recepción de los “standards” de la jurisprudencia supranacional”, LA LEY 2001-B, 353.
- CAFFERATA NORES, José I.; *Derechos individuales y proceso penal*, Opúsculos de derecho penal y criminología, Córdoba, Argentina, 1986.
- CARRARA, Francesco; *Inmoralidad del encarcelamiento preventivo*, Opúsculos de Derecho Criminal, vol. IV, Temis, Bogotá, 1976.
- CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, 1998.
- CONSTANT, Benjamin, citado por Jean Touchard; *Historia de las ideas políticas*, 1981.
- DROMI, José R.; *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*; p. 16, Ed. Grouz, Madrid, 1986.
- DROMI, Roberto; *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 1998.
- DWORKIN, Ronald; *A matter of principle*, Harvard University Press, 1988.
- DWORKIN, Ronald; *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978. Versión castellana de M. Gustavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ELSTER, Jon; *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Traducción de Carlos Gardini, Gedisa, Barcelona, 1995.
- ESCOLA, Héctor J.; *Compendio de Derecho Administrativo*, t VII, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

- FERRAJOLI, Luigi; *Los fundamentos de los derechos constitucionales*, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 5ª edición, 2001.
- GARFINKEL, Harold; “Conditions of Successful Degradation Ceremonies”; *American Journal of Sociology*, 1956.
- GHERSI, Carlos A.; “Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales (La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de "privación legítima de la libertad" y su obligación de reparación del daño individual)”; *LexisNexis Jurisprudencia Argentina*, 1994.
- GUASTINI, Riccardo; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metafísica del derecho*, traducción de J. Ferrer, Barcelona, 1999. Versión original de 1996, “I principi nel diritto positivo”, en *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo; “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”; Madrid, Trotta, 2003.
- HABERMAS, J.; *Facticidad y validez*, Traducción de Jiménez Redondo, Madrid, 1998.
- HART, Herbert L. A.; *El concepto de Derecho*, Trad. por Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo – Perrot, Argentina, 1963.
- HERRERA; *Reforma Penal*, cit. por SEMON, J. M., “La reparación a las víctimas...” cit. en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año XX, t. XIX, N° 2 y 3, Buenos Aires, 1941.
- HITTERS, Juan Manuel; “Responsabilidad del estado por error judicial”, *LA LEY* 2003-F, 1070.
- HURLEY, Susan L.; “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990.
- ILDARRAZ, Benigno - ZARZA MENSAQUE, Alberto R. - VIALE, Claudio Martín; *Derecho Constitucional Administrativo*, Ed. Eudecor, 2ª edición actualizada, Córdoba, 2001.
- JIMENEZ CAMPO, J.; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999.

- JULIANO, Mario Alberto; “El rol del Poder Judicial en el fenómeno del indiscriminado encarcelamiento preventivo”, eIDial.com, disponible en Internet: [http:// www.eldial.com](http://www.eldial.com).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A.; “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en Kemelmajer de Carlucci, A., Parellada, C. A. y Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986.
- LARIGUET, Guillermo; “Conflictos trágicos y ponderación constitucional. En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini.”, *Diritto & Questioni Pubbliche (D&Q)*, n 5, 2005.
- LASCANO, Carlos J. (h) -director- y otros; *Derecho Penal, Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2002.
- MACIONIS, John J. – PLUMMER, Ken; *Sociología*, Prentice Hall, Madrid, 1999.
- MAIORANO, Jorge Luis; “Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, LA LEY, 1984-D, 986.
- MARCHIORI, Hilda; *La prisión preventiva y el problema de su ejecución*, Opúsculos de derecho penal y criminología, Córdoba, Argentina, 1986.
- MARIENHOFF, MIGUEL S.; *Tratado de Derecho Administrativo*, LexisNexis, Abeledo Perrot, 1997.
- MARTINEZ ZORRILLA, David; *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004.
- MORESO, Juan José; “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, M, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; “Daño injusto por prolongación indebida de la prisión preventiva (Discrepancia con el voto de la minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, LexisNexis - Jurisprudencia Argentina, 2000.

- NEUMAN, Elías; *Las víctimas del sistema penal*, Opúsculos de derecho penal y criminología, Córdoba, Argentina, 1985.
- NINO, Carlos Santiago; *Fundamentos de Derecho Constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NUÑEZ, Ricardo C.; *Manual de derecho Penal, Parte General*; Córdoba, 1999.
- PIZARRO, R. D. – VALLESPINOS, C. G.; *Obligaciones*, Ed. Hammurabi, Córdoba, 1999.
- POWERS, Stephen P. – ROTHMAN, Stanley; *The least dangerous branch? Consequences of judicial activism*; Westport, Connecticut, Praeger Publishers, 2002.
- SAGARNA, Fernando; “La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas”; LA LEY 1996-E, 890.
- TOUCHARD, Jean; *Historia de las ideas políticas*, Traducción de J. Pradera., Editorial Tecnos, Madrid, 1981.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1981.
- WESTON, Anthony; *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ZAGREBELZKY, G.; *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Traducción de Marina Gascón, Trotta, Barcelona, 1999.