



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

La responsabilidad civil del Estado por prisión preventiva

“La pretensión indemnizatoria como secuela del daño sufrido”

CARRERA: ABOGACÍA.

ALUMNA: BONGIOVANNI ROMERO, JULIETA

AÑO: 2015

AGRADECIMIENTOS

Dedico este trabajo a mi familia, pilar fundamental en mi vida.

A los que me acompañaron físicamente y a aquellos que desde otro lugar nunca me desampararon.

A mi novio y a mis amigos, grandes regalos que la vida me dio.

A todos ellos, Gracias!, por tanto afecto y por el apoyo incondicional.-

RESUMEN

La responsabilidad que recae sobre el Estado por la actividad judicial encuentra su fundamento en los supuestos de error judicial y en el anormal funcionamiento de la administración de justicia. Todo persona que vea cercenado su derecho de libertad ambulatoria en razón de haber sido sometido a proceso y de resultas obtiene sobreseimiento o absolución por alguno de los fundamentos mencionados, tendrá derecho a reclamar la reparación del daño sufrido que la medida coercitiva de encierro le haya ocasionado como consecuencia de un acto incuestionablemente infundado o arbitrario. Tal reclamo reviste amparo legal en la norma supranacional como asimismo en los pactos internacionales.

ABSTRACT

The responsibility lies with the State judicial activity is founded on assumptions of judicial error and abnormal functioning of the administration of justice. All who see severed his right to freedom of movement by virtue of having been brought to trial and result obtained dismissal or acquittal on any of those grounds, entitled to claim compensation for the injury suffered that the coercive measure of confinement has caused him following an unquestionably unfounded or arbitrary act. Such a claim is legal under the supranational rule as well as in international agreements.

“Todos somos iguales ante la ley, pero no ante los encargados de aplicarla”.

Stanislaw Jerzy Lec (1909-1966).

INDICE

Introducción.....	4
Objetivos.....	8

Capítulo I: Derecho de daños. Aspectos generales.

1. Concepto.....	10
2. Principios.....	11
3. Tipos de daños.....	12
4. Orbita de la responsabilidad.....	13
5. Funciones reparatorias del daño.....	15
6. Modos de reparar el daño.....	17

Capítulo II: Derecho penal. El procedimiento y las garantías.

1. Derecho penal. Reseña.....	20
1.1. Concepto.....	21
2. Procedimiento penal. Conceptualización.....	21
3. El delito.....	22
4. El estado de libertad.....	23
4.1. como garantía constitucional: artículos 18, 19, y 75 inc.12, 22 y 13	23
4.2. como garantía procesal: art. 42 de la Constitución Provincial	26
5. El estado de inocencia y la imputación.....	27
5.1. El <i>in dubio pro reo</i>	28
a) la protección del inocente.....	28
b) la interpretación de la ley.....	29
c) la carga de la prueba.....	29
d) la valoración de la misma.....	30

Capítulo III: Restricción a la libertad. Sistema penal.

1. La pena y su finalidad. Cómputo de plazos.....	33
2. Penas privativas de libertad.	33

2.1. Reclusión.....	34
2.2. Prisión.....	34
2.3. Multa o arresto.....	34
2.4. Inhabilitación.....	35
3. Sistema penal argentino. Referencias.....	37
3.1. Sistema acusatorio.....	38
3.2. Sistema inquisitivo.....	38
3.3. Sistema mixto.....	38
4. Actual Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal Argentino. Nociones.....	40

Capítulo IV: Prisión preventiva. El Estado y su responsabilidad objetiva.

1. La prisión preventiva. Concepto y generalidades.....	45
1.1. Procedencia y requisitos para su dictado. Cesación.....	45
1.2. El sobreseimiento y la absolución del imputado.....	46
1.3. La reforma al art. 281. Nuevas directivas para el dictado de la prisión preventiva a raíz del resonante fallo Loyo Fraire.....	47
2. Responsabilidad del Estado y <i>error judicial</i>	49
2.1. Antecedentes.....	51
2.2. Normativa nacional, provincial y tratados internacionales respecto la responsabilidad por <i>error judicial</i>	52

Capítulo V: Jurisprudencia nacional y provincial. Antecedentes.

1. Responsabilidad estatal.....	57
1.1. JUZG. CONT. ADM. La Plata, en autos “Retamozo, Mariano c Fisco de la Prov. de Buenos Aires”	57
1.2. CSJN, 258 XXXIII, “Rosa, Carlos A. c/ Estado Nacional y otros”	59
1.3. CSJN, “Lema, Jorge Héctor c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios”	59
1.4. CÁM. 3ª CIV. Y COM. de Córdoba, “Allende Martínez, Pablo Felipe c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba y otros - ordinario - daños y perjuicios”	60
1.5. STJ, "E. C. S. C/Estado provincial s/ sumario"	62

Capítulo VI: Derecho comparado y Pactos internacionales.

1. El derecho a la libertad durante el proceso. Reseña histórica.....	65
2. Derecho comparado.....	65
2.1. Carta Magna Inglesa del año 1215, art. 39.....	65
2.2. Declaración francesa de 1789.....	66
2.3. Constitución de México de 1917.....	67
3. Pactos internacionales. Referencias.....	68
3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	68
3.2. Convención Americana de Derechos Humanos.....	69
3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	71
3.4. Declaración Americana de Derechos Humanos	73
Conclusión.....	76
Bibliografía.....	80

INTRODUCCION

El presente trabajo se orienta a dilucidar la pretensión indemnizatoria que recae en la responsabilidad estatal como consecuencia del *error judicial*, toda vez que, el dictado de la prisión preventiva coarta la libertad de la persona que luego resulta absuelta o sobreseída.

Previo a la cuestión central del tema que nos ocupa, consideramos conveniente conceptualizar el vocablo libertad ya que es justamente este derecho el que se verá comprometido a la hora del dictado de la medida cautelar. La Real Academia Española define a la *libertad* (Del lat. *libertas*, *-ātis*) como la “*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*”.

Nuestra Constitución nacional garantiza la libertad de los individuos –arts. 14, 16, 18 y 19– ya que al ser considerada un derecho personalísimo posee resguardo tanto en nuestra norma supranacional como en los tratados internacionales en ella incorporados – art.75 inc.22– y en la Constitución de la provincia de Córdoba en su art.42.

La libertad ambulatoria solo será restringida de manera excepcional y por las causas y las condiciones fijadas por la ley con el control judicial correspondiente. La privación de la libertad que se ordene de manera legítima deberá –sin embargo– ejecutarse con el debido respeto a la dignidad inherente de la persona humana sin poder excederse de un tiempo razonable de duración (Cafferata Nores y Tarditti, 2003).

El nuevo sistema constitucional y la incorporación de los tratados internacionales reconocen el derecho de la persona imputada a que ésta permanezca en libertad durante el tiempo del proceso toda vez que la libertad es un derecho permanente que acompaña la existencia de la persona incluso mientras se desarrolla el juicio previo hasta el dictado de la condena. Esto es así ya que por el *principio de inocencia* de rango constitucional consagrado en el art.18 y en los artículos 8.2 CADH y 14.2 PIDCP se prohíbe castigar de manera anticipada los derechos del encartado traído a proceso hasta tanto se demuestre su culpabilidad mediante un fallo condenatorio (Cafferata Nores y Tarditti, 2003).

Continuando con la cita precedente se sostiene que, aquellos casos de prisión preventiva que sean calificados como arbitrarios o ilegales, acarrearán la responsabilidad estatal respecto el correspondiente reclamo indemnizatorio del sometido a proceso.

Tal reclamo indemnizatorio se deduce del *error judicial* –entendido como un acto ilícito o contrario a derecho–, que responsabiliza al Estado por los actos judiciales de sus dependientes. Sin embargo, para que prospere el reclamo deberá demostrarse el daño sufrido y su relación de causalidad con la privación de libertad (Bustamante Alsina, 1997).

De lo antedicho, debemos aclarar que, para contribuir a una buena administración de la justicia penal, dentro de los deberes de los particulares se encuentra el *deber de soportar* —en su tiempo y en su forma— la privación preventiva de la libertad, lo que conduce a admitir la limitación razonable respecto de aquellos derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional, para imponerle al inculpado tal sacrificio.

Esta medida coactiva, de acuerdo a lo establecido en el CPP (Código Procesal Penal) debe dictarse en una primera instancia procesal –en la etapa preparatoria llevada a cabo por el fiscal en turno– con requerimiento al imputado a prestar declaración indagatoria en busca de la verdad real de los hechos ya que existen indicios suficientes para creerlo responsable (Bustamante Alsina, 1997).

Consecuentemente, –una vez que el detenido hizo ese aporte y no existen pruebas de cargo en su contra–, la justicia otorga el sobreseimiento o bien la absolución en aquellos casos que se resuelven ya en la etapa de un juicio. Cualquiera de las mencionadas formas no convierte en ilegítima la privación de libertad que sufrió durante el proceso; solamente puede considerarse *error judicial* cuando la decisión que impuso la medida coactiva resulta contradictoria respecto los hechos probados en la causa y aquellas disposiciones de ley que establecen su aplicación (Bustamante Alsina, 1997).

En este último supuesto se advierte la presencia de un *error judicial*, entendido como un acto ilícito o contrario a derecho, que hace responsable al Estado por todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso sometido a su jurisdicción. La acción de daños y perjuicios deducida contra el Estado se resolverá en instancia judicial con un juez distinto al que cometió el *error judicial* y prosperará en aquellos casos que demuestren el daño y su relación de causalidad (Bustamante Alsina, 1997).

Respecto el comentario de Bidart Campos (2000)¹, cualquiera fuera el supuesto en el que se ubique el caso, equiparado al error judicial o situado fuera de ese esquema, no

¹ Véase: Responsabilidad del Estado en Revista de Derecho de Daños (2000), N°9, p. 227 y ss.

prospera el rigorismo de sostener que para la procedencia de la indemnización resulte indispensable una decisión judicial que deje sin efecto la resolución de la medida cautelar impuesta al imputado. Empero, sería prescindible de una ley que prevea la reparación; basta que el tribunal ante el cual se presente tal reparación decida con razonamiento convincente y conforme a las circunstancias del caso que la privación de libertad careció de causa, que excedió el tiempo o que siendo correctamente dispuesta en su momento luego deviene extraviado el fundamento que tuvo a raíz del sobreseimiento o la absolución.

En el desarrollo del presente trabajo se expondrán seis (6) capítulos tendientes a orientar al lector respecto la problemática planteada, dando luego lugar a la conclusión.

El desarrollo del capítulo I, reflejará aquellos aspectos referidos al derecho de daños y los distintos presupuestos que hacen que la responsabilidad civil se configure haciendo procedente el resarcimiento del daño incoado.

El capítulo II referirá a la garantía constitucional respecto el derecho a la libertad de la persona humana y la presunción de su estado de inocencia hasta tanto se demuestre lo contrario.

En el capítulo III se esbozarán los diferentes sistemas penales, remarcando el utilizado por nuestra legislación. Seguidamente se hará descripción de las penas privativas de libertad y sus aspectos diferenciadores.

El capítulo IV desarrollara lo referido a la responsabilidad del Estado por el dictado de la prisión preventiva, abarcando el error judicial y el pretendido reclamo indemnizatorio.

El capítulo V estará orientado al análisis en materia jurisprudencial de fallos nacionales.

En el capítulo VI se concluirá el desarrollo de los apartados mediante el estudio del derecho comparado en base a la tutela constitucional de la libertad humana. Asimismo se plasmarán los pactos internacionales y su amparo respecto el derecho a la libertad de las personas.

Finalmente, con el arribo de la conclusión se reflejarán los aspectos centrales y la opinión subjetiva del tema bajo investigación respecto la procedencia de la

indemnización por el error judicial que de manera arbitraria restringe la libertad ambulatoria de un ser humano.

OBJETIVOS

Objetivo General

- Determinar en qué casos es procedente la responsabilidad civil del Estado frente a la privación preventiva de la libertad.

Objetivos Especiales

- Distinguir concepto, caracteres y requisitos de la prisión preventiva.
- Analizar doctrina y jurisprudencia nacional y provincial referida a la pena privativa de libertad.
- Conocer en qué casos sería legítima la privación preventiva de la libertad.
- Analizar en qué casos es factible el resarcimiento de prisión preventiva.
- Cotejar legislación nacional y derecho comparado de la problemática planteada.

CAPITULO I

Derecho de daños. Aspectos generales.

1. Derecho de daños. Concepto.

El derecho de daños es definido como aquella rama del derecho que estudia la teoría general de la responsabilidad civil. A dicha responsabilidad se la considera como “la *obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar a otro o del incumplimiento obligacional*” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 462).

Otro sector doctrinario razona respecto al daño haciendo una clara distinción entre:

a) lesión: también conocida como daño en sentido amplio, se traduce como una ofensa a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial (Pizarro y Vallespinos, 1999).

b) daño resarcible: en concordancia con nuestro Código Civil en los art. 1068, 1069 y ss. es apreciado como un menoscabo sufrido por la aludida lesión (Pizarro y Vallespinos, 1999).

El daño es considerado como uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, y definido como una destrucción o menoscabo de un bien cualquiera sea su índole ya sea por la acción del titular o por caso fortuito. El daño que traemos a colación es aquel que atenta contra intereses ajenos, comprendiendo el daño efectivo o el peligro de que suceda. (Bustamante Alsina, 1997).

Respecto a la responsabilidad por daños se presentan una serie de presupuestos que integran el supuesto fáctico condicionante de consecuencias jurídicas, con motivo de la producción del perjuicio. Siguiendo la referencia de Bustamante Alsina (1997) tales presupuestos son:

a) Daño: entendido como el menoscabo o pérdida de un interés jurídicamente protegido que sufre el damnificado o que puede llegar sufrir;

b) Antijuridicidad: como una contradicción entre la conducta externa y el ordenamiento jurídico;

c) Relación de causalidad: es una relación de causalidad entre el daño o peligro de daño y el hecho fuente; y por último

d) Factor de atribución: que establece el elemento valorativo por el cual se le imputan las consecuencias dañosas a la persona.

2. Principios.

Nuestro ordenamiento jurídico considera una serie de principios que deben verificarse para que se configure la responsabilidad civil, los que se detallan seguidamente:

2.1. Principio del “*Naeminen ladere*”: establece que *nadie puede dañar a otro*, en caso contrario el damnificado tendrá derecho a percibir una indemnización por el perjuicio sufrido. Es un principio de raigambre constitucional, tipificado en el art.19 de nuestra ley fundamental (López, Herrera, 2006).

2.2. Necesidad de factor de atribución: el factor puede ser subjetivo cuando se verifique dolo y culpa, u objetivo en aquellos casos que exista un riesgo creado. Dependiendo del tipo que se trate, determinará el grado de responsabilidad civil (López, Herrera, 2006).

2.3. Principio de reserva: la regla general de este principio se establece en que el daño se computa de antijurídico si no existe causa de justificación al respecto (López Herrera, 2006).

2.4. Principio de prevención: aquel que supone que toda persona debe evitar provocar un daño injustificado o bien previniendo el mismo (López Herrera, 2006).

2.5. Principio de reparación plena e integral: orientado a restablecer las cosas a su estado anterior, tiene como regla cuatro principios fundamentales: a) Fijación del daño al momento de la decisión; b) Indemnización no inferior al perjuicio; c) Valoración en concreto y d) la reparación no puede ser superior al perjuicio sufrido (López Herrera, 2006).

A la sazón, estos principios son base inicial para que la responsabilidad, en el ámbito civil, se verifique. Como principio fundamental el precepto legal ordena que *nadie puede dañar a otro* y quien lo haga debe, en consecuencia, reparar el perjuicio que le ha ocasionado a un tercero. Para ello es necesario que se verifique un factor atribuible a título de dolo culpa, que será el indicativo del grado de responsabilidad que deberá afrontar el sujeto sindicado como autor del perjuicio ocasionado.

Por su parte, la prevención opera como un principio orientado a prevenir o evadir toda conducta activa u omisiva que ostente contra otra persona. Como corolario de los principios mencionados, encontramos la reparación plena e integral que no es sino la indemnización reclamada por el damnificado que pesa en cabeza del autor del hecho generador de responsabilidad. Podemos apreciar entonces que, todos ellos se entrelazan armónicamente a los fines de determinar la responsabilidad y su consecuente reparación.

3. Tipos de daños.

En materia de daños, tratándose de materia contractual o extracontractual, la responsabilidad puede devenir por diferentes tipos de daños. Siguiendo la enseñanza de prestigiosa doctrina nacional, haremos referencia a los diferentes tipos de daños:

3.1. Daño patrimonial y daño extrapatrimonial: el daño patrimonial, se observa mediante el menoscabo en el patrimonio ya sea en sus elementos actuales, sus posibilidades futuras previsibles. Por su parte, el daño extrapatrimonial, –considerado por la doctrina como daño moral–, es aquel que refleja una modificación disvaliosa del espíritu, en la capacidad de entender, querer o sentir, que se presenta como consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial (Pizarro y Vallespinos, 2006).

3.2. Daño emergente y lucro cesante: el primero hace alusión cuando se verifica una pérdida o disminución de valores económicos dentro del patrimonio de una persona; y todas las ganancias frustradas o dejadas de percibir como consecuencia del hecho dañoso es lo que conocemos como lucro cesante. Ambos pueden deberse a un hecho ilícito o por un incumplimiento obligacional, pudiendo ser actuales o futuros (Pizarro y Vallespinos, 2006).

3.3. Daño actual y futuro: caracterizado primordialmente por el tiempo en que se produce. Daño actual es aquel que ya se produjo al momento de dictarse la sentencia; siendo futuro el que todavía no se ha producido, pero que presenta una previsibilidad de su prolongación o agravación del actual (Pizarro y Vallespinos, 2006).

3.4. Daño previsto e imprevisto: es previsto aquellos que se ha tenido en miras al momento de producirse el hecho ilícito o al momento de contraerse la obligación, lo contrario ocurre con el daño imprevisto (Pizarro y Vallespinos, 2006).

3.5. Daño mediato e inmediato: se define al inmediato al acaecido por el curso normal y ordinario de las cosas y como consecuencia del incumplimiento obligacional o por un ilícito extracontractual. El mediato, en cambio, se produce por la conexión existente entre el hecho ilícito o incumplimiento contractual con un acontecimiento diferente al que estaba previsto que se produzca (Pizarro y Vallespinos, 2006).

3.6. Daño cierto y daño eventual: el primero es aquel que está presente o existe vasta probabilidad que ha de ocurrir en el futuro. El daño eventual, por su parte, puede ocurrir pero no existe una fundada similitud que se produzca. (Bustamante Alsina, 1997).

3.7. Daño al interés positivo y al interés negativo: ambos daños se manifiestan en los casos de incumplimientos obligacionales. El daño al interés positivo pesa sobre el acreedor si el contrato se hubiese cumplido de la manera en que fue pactada entre las partes; considerando al interés negativo, aquel que el acreedor ha desplegado para realizar el negocio jurídico, como es el caso de los gastos en la realización de un contrato (Bustamante Alsina, 1997).

4. Órbita de la responsabilidad

Nuestro Código Civil, establece dos órbitas diferenciadas respecto a la responsabilidad civil, éstas son:

1) Contractual: cuando se viola un deber preexistente, específico y determinado, en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera fuere su fuente; y

2) Extracontractual: se verifica cuando se viola el *deber genérico de no dañar a otro*, dentro del cual se encuentra indeterminado el sujeto pasivo (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 469/470).

Respecto el daño, aquel que deriva de la responsabilidad extracontractual es

independiente de una obligación preexistente y deviene de la violación al deber genérico de no dañar a nadie. En tal responsabilidad, respecto a la prueba, es la víctima quien debe probar la culpa del autor del daño, se debe responder no sólo por los daños que sean consecuencia inmediata sino también por aquellos que sean consecuencia mediata siempre y cuando el autor los previó o pudo preverlos empleando la debida prudencia atención (Bustamante Alsina, 1997).

Continuando las orbitas de responsabilidad descritas, diremos que el daño puede distinguirse en patrimonial o extrapatrimonial, radicando entre ambos la esfera del interés que se ve afectado por dicho menoscabo, toda vez que nos centramos en el resultado del daño y no en la naturaleza de los derechos afligidos o de los bienes atacados (Bustamante Alsina, 1997).

Enfocados en el perjuicio que recae sobre los derechos afectados, se sostiene que los mismos pueden versar sobre daños patrimoniales o morales; verificando en los primeros un detrimento en el patrimonio de la persona y en el segundo supuesto –moral– aquel que afecta la esfera íntima del sujeto (Bustamante Alsina, 1997).

Para que proceda el resarcimiento por daño, deben necesariamente verificarse determinados requisitos ya que ante la falta de alguno no podrá configurarse tal responsabilidad. En razón de ellos, el daño debe ser:

1) Cierto: es decir, comprobable y constatable su existencia ya que un daño hipotético no generará ningún tipo de consecuencia indemnizatoria (Bustamante Alsina, 1997).

2) Personal: el daño debe afectar a la persona misma del accionante, ya sea de modo directo, –como titular del interés jurídicamente protegido–, o de manera indirecta –derivado de la lesión de intereses de un tercero– (Bustamante Alsina, 1997).

3) Lesivo a un simple interés no ilegítimo: este presupuesto refiere a que el recaer sobre un interés tutelado por la ley, es decir, entendido como aquel que no contraría la ley (Bustamante Alsina, 1997).

4) Subsistente: el daño debe subsistir, esto es: no debe haber desaparecido al momento en que debe resarcirse (Bustamante Alsina, 1997).

De lo descripto surge claramente la necesidad de que tales requisitos deben estar presentes de manera conjunta para que se configure el daño, otorgando de ésta manera, lugar al consecuente reclamo indemnizatorio.

5. Funciones reparativas del daño.

La responsabilidad civil está caracterizada por tres funciones en particular; función de prevención, orientada a prevenir el hecho dañoso; función de punibilidad, identificada como una pena privada; y por último la función de resarcimiento del derecho de daños. Seguidamente conceptualizaremos las referidas funciones reparativas.

a) Función de prevención: nuestra legislación y el derecho comparado adoptan como criterio que en el derecho de daños es mejor prevenir que curar, estableciendo la prevención de dos formas:

- **Forma directa:** con fuerte raigame en actividades peligrosas y riesgosas donde las estadísticas indican potencialidad de que los hechos ocurran. Se realiza a través de la imposición de ciertos deberes de cuidados a sujetos especiales, estableciendo los mecanismos y medidas necesarias (Bustamante Alsina, 1997).

- **Forma indirecta:** derivada de una amenaza efectiva de consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño (Bustamante Alsina, 1997)

Dentro de esta función encontramos dispositivos e instituciones de carácter procesal tendientes a asegurar la prevención del daño. Se presentan como: a) medidas cautelares de no innovar y de carácter innovativo que son fundamentales para asegurar el resultado de la pretensión y b) medidas autosatisfactivas referidas a aquellos procesos urgentes que se agotan por sí mismos, no dependiendo de una pretensión principal (Bustamante Alsina, 1997).

Esta función preventiva se presenta como beneficiosa para damnificados potenciales, teniendo en cuenta que siempre es mejor la prevención, respecto a la reparación de ciertos daños, como por ejemplo: el daño moral. Desde el punto de vista comunitario, se manifiesta de suma relevancia, atento que todo daño influye

significativamente en la sociedad. Desde una perspectiva lesiva, es útil para el sujeto que comete el hecho dañoso por tener establecido de antemano las sanciones que le pueden recaer por la acción desplegada (Bustamante Alsina, 1997).

b) Función de punición: la indemnización por daños punitivos es aquellas que se impone al dañador cuando la reparación del hecho considerado dañoso deja de ser eficiente para el dañado. Así, por ejemplo, cuando el sujeto que provoca el daño obtiene con ello un rédito económico que al momento de ser indemnizado por su accionar, se verá enriquecido por la producción del evento dañoso (Bustamante Alsina, 1997).

La finalidad de esta función se inclina a sancionar al sujeto que ha producido el daño para que no se produzcan sucesos similares, eliminando los beneficios injustamente obtenidos con la actividad desplegada de contenido dañoso. Nuestra legislación contempla supuestos de indemnizaciones punitivas en el daño moral, las cláusulas penales, los intereses punitivos, las astreintes y en los intereses sancionatorios (Bustamante Alsina, 1997).

c) Función de resarcimiento: orientada a la reparación, desde una perspectiva jurídica pretende restablecer el equilibrio preexiste alterado por el hecho dañoso. Su finalidad es reponer la situación del damnificado en similar condición a la que se encontraba antes de producirse el perjuicio sufrido. Esta función no distingue según el daño provenga de un incumplimiento contractual o por alteración del principio *alterum non laedere*, ya que en ambos casos su objetivo se orienta a la reparación del menoscabo (Bustamante Alsina, 1997).

Es decir que, lo que se procura es resarcir el daño compensando del menoscabo sufrido, mediante el perjuicio tanto material como moral que padeció el damnificado. Evita que se produzca un enriquecimiento con la indemnización obtenida al mismo tiempo que se encuentra ligada a la función sancionatoria (Pizarro y Vallespinos, 2006).

Esta función es fundamentada por la mayoría doctrinaria, como un principio de justicia que implica “dar a cada uno lo suyo”, restableciendo el desequilibrio originado por el daño injustamente ocasionado (Pizarro y Vallespinos, 2006).

6. Modos de reparar el daño.

Coexisten dos sistemas destinados a la reparabilidad del daño. Una es la prescripta por el artículo 1083 de nuestro Código de rito, la otra forma es por equivalente.

6.1. Reparación in natura: es una reparación específica que propugna volver las cosas al estado en que se encontraba antes de que se produzca el hecho lesivo, así lo estipula el art. 1083 C.C.: *“el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijara en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”*.

La excepción se observa en aquellos casos en que no exista posibilidad jurídica o material de ponerla en práctica. Nuestra doctrina considera el precepto legal como una obligación alternativa irregular que tiene el acreedor, pudiendo optar por cualquiera de las dos formalidades mencionadas (Pizarro y Vallespinos, 2006).

6.2. Reparación por equivalente: palmaria en aquellos casos en que no existan posibilidades de restablecer las cosas a su estado anterior, y mediante la cual se traduce a un equivalente normalmente pecuniario para la víctima, con una jerarquía suficiente para restablecer el perjuicio incitado (Pizarro y Vallespinos, 2006).

Del artículo 1083 C.C. se desprende que la indemnización en primer lugar debe ser en *especie*, haciendo referencia a la reposición de las cosas a su estado anterior, es decir, como si nada hubiese ocurrido, deshaciendo lo que está mal hecho, rehacerlo o hacerlo de nuevo. Sin embargo, cuando sea imposible volver las cosas a su estado anterior o esto signifique la pérdida de su valor económico, el daño ocasionado se deberá reparar –no ya en especie– sino en forma pecuniaria o dineraria (Buteler Cáceres, 2001).

El autor de referencia explica claramente el precepto contenido en el art. 1083 de nuestro Código Civil enunciando que:

... el derecho civil constituye el régimen integral de protección a la persona, el que no solo cuida de dispensarle efectivo amparo a los bienes materiales, a lo que tiene, sino también, y por ante todas las cosas, ese régimen civil procura amparar a la persona en lo que es en sí misma, y en lo que representa. De ahí, pues, que aún cuando la reparación en dinero sea de suyo imperfecta,

siempre habrá de optarse por la reparación pecuniaria, antes que optar por el equivalente... (Buteler Cáceres, 2001, p. 366).

Como podemos apreciar, el enunciado precedente deja abierta la opción al propio damnificado para optar por lo que más le convenga; pudiendo de esta manera pretender la indemnización dineraria en prioridad respecto de la reparación en especie, pero optando por alguna de ellas y no por ambas al mismo tiempo ya que no tienen carácter acumulativo y elegida una de ellas ya no podrá pretender la otra.

CAPITULO II

Derecho penal. El procedimiento y las garantías.

1. Derecho penal. Reseña.

Históricamente el Derecho Penal argentino tiene su origen en la legislación española, a pesar de haberse proclamado la independencia nacional, rigió en nuestro país por muchos años. En el año 1863, mediante ley N°36, el Poder Ejecutivo nombra comisiones destinadas a proyectar los Códigos; de ésta manera, se encomendó al Dr. Carlos Tejedor el proyecto del Código Penal (Soler,1945).

El proyecto lejos de ser aprobado, sufrió variadas modificaciones al ser sometido en 1868 a una rigurosa revisión encomendada por el Congreso a los juristas Villegas, Ugarriza y García que se extendió hasta 1881, fecha en la cual la comisión presentó su trabajo. Pero dicho trabajo, sumado al largo tiempo transcurrido, se tronaron inútiles cuando el Congreso en 1885 inicia el estudio del Código Penal y toma como base el primogénito proyecto del Dr. Tejedor, desechando el trabajo de revisión (Soler,1945).

De esta manera, el 7 de noviembre del año 1886 se promulgó el Código Penal argentino, el cual mediante ley 1920, comenzó a regir a partir del 1° de marzo de 1887; sin embargo, no incluye la legislación penal en su totalidad, dejando al margen y contenida en la ley N° 49 la legislación federal sobre crímenes y delitos contra la Nación (Soler,1945).

Han sido numerosos Proyectos de reforma a nuestro Código Penal a lo largo de nuestra historia, sea de manera parcial –en 1924, 1926, 1928, 1932 y 1933–, de orientación positivista en el año 1936; neopositivista en 1941 y autoritario-positivista en el 1951. La reforma de 1960 redactada por Soler mejora las medidas de seguridad tipificadas en el Código y amplía su aplicación a los semiimputables peligrosos o no peligrosos (Nuñez, 1999).

Así las cosas, el último Anteproyecto de Reforma² en nuestro país se verificó por resolución ministerial de fecha 21 de abril del 2014, por cuanto el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Julio Alak, dispuso elevar a todas las universidades públicas y privadas el Anteproyecto del Código Penal elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto 678/2012, para que en el término de 90 días remitiesen opinión sobre el mismo al Ministerio.

² Véase : Anteproyecto del Código Penal de la Nación en <http://www.infojus.gob.ar/anteproyecto-codigo-penal>

1.1. Concepto.

El derecho penal, entendido como aquella rama del derecho público que regula la potestad estatal de castigar, está orientado a determinar lo que es punible y sus consecuencias, regulando de esta manera las relaciones jurídicas de los individuos entre sí o con el Estado. Este derecho no se agota en las penas como medida coercitiva, sino, además, con aquellas consecuencias exclusivamente preventivas (Nuñez, 1999).

El Derecho Penal es conceptualizado como *“la parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, generalmente a la pena”* (Soler, 1945, p.21).

Otro sector doctrinario lo ha definido como *“la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles”* Nuñez, 1987, p.11).

Así, al hablar de derecho penal, se distingue su órbita objetiva y subjetiva. La primera refiriendo al conjunto de normas que integran el sistema penal del Estado; y la subjetiva como aquella facultad estatal que surge justamente por la existencia de la norma penal. No se trata de dos cosas diferentes, sino de dos aspectos de la misma (Soler, 1945).

Nuestro Derecho positivo no expresa regla alguna que divida al derecho Penal sustantivo en ramas, sin embargo, no lo rechaza. Esto se evidencia en la división de las facultades legislativas penales entre la Nación y las provincias ya que se evidencia en el ámbito nacional la división en el Derecho Penal común y especial, imponiéndose de esta manera la división conceptual (Nuñez, 1987).

Así, la rama del derecho penal sustantivo que se encarga de regular la punibilidad de las infracciones, por ser ésta de carácter dañino a la seguridad de los derechos naturales y sociales de los individuos, se lo conoce como Derecho Penal común. Y aquella que regula las transgresiones al orden de la actividad administrativa tendiente al logro del bienestar de la sociedad toda, se llama Derecho Penal contravencional (Nuñez, 1987).

2. Procedimiento penal. Conceptualización.

Es la rama del orden jurídico interno de un Estado, constituido por normas que instituyen y organizan los órganos públicos dando cumplimiento a la función judicial

penal del Estado y disciplinando a todos aquellos actos que integran el procedimiento necesario para atribuir una sanción o una medida de seguridad, regulando de esta manera el comportamiento de quienes intervienen en él (Cafferata Nores, Montero (h), Vélez, Ferrer, Novillo CorvalanBalcarse, Hairabedian, Frascaroli, Arocena, 2004).

El Derecho Procesal Penal se ocupa, por un lado, de la organización judicial y de la acusación y un defensa estatal; y, por el otro, de todos aquellos sujetos y sus actos que llevan a cabo para la imposición de una pena o medida de seguridad por la participación en un delito (Cafferata Nores, et al., 2004).

En materia de procedimiento, advertimos que en nuestro país el proceso penal funciona como una reacción punitiva del Estado frente a la posible comisión de un delito. Tal apariencia coloca a la persona en sospechoso estigmatizándola socialmente por el hecho de estar sometido a proceso (Cafferata Nores y Montero, 2001).

Al referirnos al derecho procesal penal advertimos que no se refiere a un derecho finalista en sí mismo, sino que representa un instrumento del que se vale el Estado para aplicar las normas del derecho sustancial.

3. El delito.

Nuestra ley penal no se ocupa del delito en sí, sino de aquel que es pasible de punibilidad y mediante el cual se admite el castigo en el caso concreto. Es definido por nuestra doctrina como “*el hecho (acción en sentido amplio), típico, antijurídico, culpable y punible*” (Nuñez, 1999, p. 110).

Con arreglo al derecho positivo, para hablar de castigo, nuestra ley Suprema exige una ley anterior al hecho del proceso –art. 18 CN– mediante el conocido principio *nullum crimen sine lege*, es decir que no habrá delito sin ley previa que así lo tipifique.

El prestigioso doctrinario en materia penal ha sostenido que el delito podrá verificarse en dos conceptos diferentes a saber:

Sólo la acción es susceptible de ser concebida desde el punto de vista exclusivamente natural, pes para estructurarla basta la actividad como tal. No sucede lo mismo con la omisión, ya que ésta no es un simple no hacer. Para concebirla es necesario, además de la inactividad, pensar en una norma que le exigía al autor la respectiva actividad. La omisión requiere, por consiguiente, una exigencia jurídica de hacer lo que no se hizo. Pero esto no obsta para que el delito tenga

siempre como fuente real el trastorno social derivado de la conducta humana positiva o negativa, esto es, el hecho en su manifestación activa u omisiva (Nuñez, 1999, p.109).

Entonces, la ley penal para tipificar jurídicamente a los hechos, deberá enfocarse en normas prohibitivas u ordenadoras que los caratule de antijurídicos y socialmente inadecuados por su contenido de peligrosidad y dañosidad respecto a los bienes que gozan de tutela jurídica (Nuñez, 1999).

4. El estado de libertad

El derecho a la libertad es inherente a la persona, es un derecho personalísimo, se nace con él aunque muchas veces y por distintos motivos, se ponga en vilo a este bien que, a nuestro entender, es el máspreciado que todo ser humano posee.

Según la Real Academia Española³, el vocablo libertad (Del lat. *libertas*, *-ātis*), refiere, entre otros, a: a) facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; b) estado o condición de quien no es esclavo; c) estado de quien no está preso; d) facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuánto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.

Enfocados en la órbita del derecho, podemos decir que *la libertad* es entendida como el conjunto de facultades que como seres humanos no le hemos conferido al Estado; de este modo se visualiza una zona de reserva que sin embargo tiene como contrapartida la generación de deberes de abstención en cabeza del poder público (Fleming y López Viñals, 2008).

4.1. Como garantía constitucional

Por su parte, el art. 14 de la C.N. refiere a la libertad ambulatoria, esto es, al derecho que tiene la persona a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional. Sin embargo, este derecho se verá restringido si por algún motivo la persona no obedece la normativa tipificada que debe observar y respetar y que refieren justamente al respeto de la ley y su consecuente castigo en caso de infringirla.

Nuestra Constitución nacional versa respecto el juzgamiento y el penar de la actividad desplegada por el delincuente; son artículos emanados de la ley suprema:

³ Véase : <http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>

Artículo 18: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”

Como podemos apreciar, del artículo precedente consagrado en nuestra Constitución se desprenden los siguientes principios:

- a) juicio previo;
- b) intervención del juez natural;
- c) ley anterior (irretroactividad de la ley);
- d) inviolabilidad de la defensa en juicio y
- e) prohibición de declarar contra sí mismo.

Entonces, es fundamental tener en cuenta que, previo a ser penada la actividad, debe necesariamente estar de antemano tipificada por ley, es decir, que exista con anterioridad una normativa que prohíba y/o castigue el actual delictivo. En base a lo dicho podemos ejemplificar con la popular frase respecto a “lo que no está prohibido, está permitido”.

Artículo 19: “las acciones de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En consonancia con el ejemplo precedente, observamos a *prima facie* que la conducta delictiva será juzgada por magistrados cuando la inobservancia de la norma haya sido violada en razón de no haber acatado el ordenamiento que describe la manera de comportarse en sociedad.

Artículo 75 inc. 12: “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social ...”

Reflejamos con la exposición de este artículo la importancia que pesa sobre el Congreso respecto la atribución otorgada por nuestra Carta Magna en la comisión del

dictado de los mencionados Códigos los que, a la postre, no son sino el contenido esencial que ha de acatarse por la sociedad toda, respecto la tipificación deducida en cada cuerpo de ley, como asimismo sirviendo de fundamento al sentenciante a la hora de juzgar fundadamente.

De lo expresado en el mencionado artículo surge que *“nuestra Constitución Nacional reconoce a los tribunales la atribución de aplicar la ley penal en las condiciones y con los límites previstos por ella y por los tratados internacionales incorporados a su nivel”* (Nuñez, 1999, p. 56-57).

Expresa el citado autor que, en nuestra provincia la fuente originaria de la jurisdicción que acuerda al Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas, se encuentra tipificado en el artículo 160 de la Constitución de Córdoba (Nuñez, 1999).

Artículo 75 inc. 22: *“aprobar o desechar Tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”*

Nuestra Constitución nacional posee la más amplia facultad, poseyendo potestad de celebrar convenios internacionales, aprobar o descartar Tratados, entre otros. En razón de ello, los Tratados celebrados como asimismo los concordatos gozaran de mayor jerarquía que las leyes contenidas en ella. Observamos que poseen jerarquía constitucional las Declaraciones sobre derechos humanos y las Convenciones destinadas a la protección de la persona humana.

Éstas en gran medida colaboran respecto la prevención de la delincuencia juvenil, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ en su art. 40 inc. I) *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

Artículo 75 inc. 23: *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad ...”*.

⁴ Véase: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Compedio_correg27_4.pdf

En concordancia con lo expresado de manera precedente, se reafirma la garantía constitucional respecto los derechos humanos haciendo principal hincapié a determinado grupo de personas que se deduce como aquel que representa mayor vulnerabilidad dentro del ámbito social.

4.2. Como garantía procesal.

En el orden provincial y respecto a la privación de la libertad, la Constitución de la provincia de Córdoba en su art. 42 dice: *“la privación de la libertad durante el proceso tiene carácter excepcional, sólo puede ordenarse en los límites de esta Constitución y siempre que no exceda el término máximo que fija la ley. Las normas que la autoricen son de interpretación restrictiva...”*

No cualquier norma, sino aquella que se ha tipificado con la finalidad de reeducar al delincuente y que serán aplicable de manera excepcional, salvo que las pruebas reunidas otorguen un alto grado de certeza que presupongan la culpabilidad del reo, justificando entonces la privación de su libertad.

Asimismo y respecto a la situación de libertad, el C.P.P. de Córdoba en su art. 268 refiere: *“...toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso...”*

En este sentido cobra relevancia el cometido social por el cual “todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario”. El artículo de referencia continua diciendo que para permanecer en libertad durante la tramitación del proceso deberá:

- a) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- b) Fijar y mantener un domicilio.
- c) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- d) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

Concluye el párrafo señalando que, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la

persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

Así las cosas, respecto al principio de humanidad de las penas, que se encuentra conformado por las garantías mencionadas en la órbita constitucional y procesal, se configura, integra y amplía la proscripción de los tratados y penas crueles, degradantes e inhumanas. Este principio se orienta a la readaptación y reforma de los condenados respecto la realización de la garantía estatal en cuanto la vigilancia y control del respeto a la dignidad y capacidad física y psíquica del recluso (Nuñez, 1999).

5. El estado de inocencia y la imputación.

Toda persona goza de la presunción de estado de inocencia hasta tanto se demuestre lo contrario y mediante lo cual el sujeto perderá dicho estado jurídico. Entonces, para adquirir el estado de imputado, necesariamente deben existir sospechas fundadas en pruebas de la participación delictiva (Cafferata Nores y Montero, 2001).

En una primer instancia de persecución del sindicado como autor del delito, se trata de evitar atribuir la calidad de imputado o de palabras que hagan alusión a esos efectos y mientras no se acrediten serias sospechas de indicar al sujeto como responsable. Para que se verifique la calidad de imputado, prestigiosa doctrina nacional ha expresado que:

... se requiere de una indicación que puede provenir de un señalamiento expreso (vgr, requerimiento fiscal), o de un acto objetivo que implique sospecha oficial (vgr, citación a prestar indagatoria), o que genere medidas de coerción (vgr, orden de detención), siempre que atribuya a una persona determinada –identificada o identificable– alguna forma de participación (autoría, coautoría, complicidad necesaria o secundaria, o instigación) en un delito (Cafferata Nores y Montero, 2001, p.14).

Entonces, la calidad de imputado puede adquirirse por la simple atribución delictuosa y devenir de los actos señalados en el párrafo precedente. Pero la aplicabilidad de medidas coercitivas –ej.: privación de la libertad– debe orientarse a salvaguardar la investigación y aplicación de la ley ya que a mayor gravosidad de la medida restrictiva, mayor será la entidad probatoria que se requerirá (Cafferata Nores y Montero, 2001).

Nuestro sistema normativo constitucional –art. 75 inc.22– alude a que la coerción personal del imputado de coartar su libertad tiene carácter temporario y excepcional y

solo debe ordenarse cuando sea realmente imprescindible o necesaria a los fines de un adecuado desenvolvimiento del proceso (Cafferata Nores y Montero, 2001).

5.1. El *in dubio pro reo*

Este principio pareciera ser de aquellos conceptos carentes de precisión. La idea de que ante la duda debe estarse a lo más conveniente para el reo, implica una ardua tarea que desmiente la sencillez del vocablo que –impregnado de una concepción punitiva– se vincula estrechamente a la normativa del procedimiento penal (Vázquez Rossi, 1996).

La Enciclopedia Jurídica⁵ lo conceptualiza como un principio, en virtud del cual, el tribunal si tiene duda no puede condenar al acusado por un hecho criminal. Pertenece al momento de la valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo.

Como tiene expresado nuestra jurisprudencia, este principio sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera la aplicación del referido principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas.

El *in dubio pro reo* tiene íntima relación con el derecho a la presunción de inocencia, pero existe entre ellos una diferencia sustancial entre ambos, pues este último derecho desenvuelve su eficacia cuando existe una absoluta falta de pruebas o cuando las practicadas no se han efectuado con las debidas garantías.

Desde la doctrina, se enrolan distintas acepciones que señalan cuatro sentidos básicos referidos a la analítica del principio *in dubio pro reo*, a saber:

a) la protección del inocente: sustentado en el principio de valor a la libertad y protección del inocente de todo acto arbitrario incoado en su contra, refiere a que ante la duda respecto la responsabilidad que relaciona a un individuo con un hecho ilícito, se estará a lo que beneficie de mejor manera su libertad –*in oscuro, libertatem proevalere*– es decir: “en la duda prevalece la libertad” (Vázquez Rossi, 1996).

⁵ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/in-dubio-pro-reo/in-dubio-pro-reo.htm>

El *in dubio pro reo* deviene del convencimiento de la dignidad del individuo y su correlativa protección ante aquellos hechos que lo sitúan como pasible de imputación delictiva, a tal extremo que, para condenar al acusado el juez debe tener convencimiento fundado de la culpabilidad que le atribuye, caso contrario deberá sobreseerlo (Vázquez Rossi, 1996).

b) la interpretación de la ley: en la esfera penal, la máxima mandaría que, ante un panorama oscuro o poco claro respecto lo que dispone el precepto legal, el sentenciante debe interpretarlo en el sentido más favorable para el imputado, toda vez que, la mayoría de leyes penales resultan adversas al acusado y en razón de ello se hace imprescindible el *in dubio pro reo* (Vázquez Rossi, 1996).

Es que, cuando no se llega a un resultado concluyente y persiste la duda respecto de la interpretación del precepto legal, éste debe interpretarse de manera restrictiva cuando su aplicabilidad resulta perjudicial al imputado y en sentido extensivo cuando lo beneficia (Vázquez Rossi, 1996).

Empero, dilucidar el sentido de la ley penal resulta una cuestión de insoslayable necesidad, toda vez que, lo que se busca no es el entendimiento de ellas, sino penetrar en el sentido y mente de las mismas y sólo cuando exista certeza sobre la participación en el hecho delictivo, podrá arribarse a un proceso afirmativo de responsabilidad (Vázquez Rossi, 1996).

c) la carga de la prueba: dentro del proceso penal, se le atribuye a la parte actora la carga de la prueba respecto el hecho delictivo denunciado. En razón de ello, la búsqueda de la verdad real –finalidad del derecho punitivo– muchas veces no sólo es excesiva, sino errónea, toda vez que en el mejor de los casos se logrará llegar a la verdad judicial por cuanto determinados hechos delictivos se tendrán acreditados y otros no (Vázquez Rossi, 1996).

Se afirma entonces que, el *in dubio pro reo* se presenta como un criterio rector atributivo de responsabilidad toda vez que, respecto la carga de la prueba, “*el imputado no tiene el deber ni la carga de probar su inocencia, aunque se lo faculte a ello, pues goza de una situación jurídica que no requiere ser constituida*” (Vázquez Rossi, 1996, p.240).

d) la valoración de la misma: respecto la valoración, la doctrina nacional ha advertido que la búsqueda de la verdad real acarrea consecuencias terribles desde que las limitaciones giran en torno a las denominadas reglas garantistas basadas en la necesidad de certeza y a insoslayable búsqueda de la verdad judicial a partir de la reconstrucción de los hechos indicadores que recaen de manera positiva o negativa sobre la responsabilidad del sindicado como culpable (Vázquez Rossi, 1996).

Aquí el principio del *in dubio pro reo* opera como un instituto destinado a evitar un pronunciamiento desfavorable al reo en la medida que no se haya llegado a la certeza de su participación en el hecho delictual. Si dicha certeza no opera, mal podría considerarse destruido el estado de inocencia del traído a proceso (Vázquez Rossi, 1996).

De lo precedentemente expresado, advertimos que el principio del *in dubio pro reo* se presenta en dos sentidos; como criterio orientador y estructurador del proceso penal; y como pauta ponderada de circunstancias fácticas orientadas al pronunciamiento judicial toda vez que su carácter basal y valor interpretativo funcionan como regla directiva para el juzgador (Vázquez Rossi, 1996).

Entonces, al advertir la manera de interpretar la ley para que ésta no recaiga con su mayor peso sobre el supuesto delincuente, podemos citar la enseñanza doctrinaria que nos dice que en todo delito el magistrado debe realizar un silogismo perfecto, pero sin forzar el resultado por que se caería en incertidumbre (Beccaria, 1997).

El espíritu del precepto legal se deriva de la buena o mala lógica del juez pero la rigurosidad en la observancia de la ley penal mal podría compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación. Mucho se tendría que temer si el espíritu de la tiranía fuese compatible con el espíritu de la lectura (Beccaria, 1997).

Nuestra doctrina se ha pronunciado respecto a la pena diciendo que: *“cualquiera que sea la posición que sobre ella se sustente, sigue siendo un mal. Un mal que sólo puede infligirse en casos que, sin ninguna duda, la hagan imprescindible”* (Vázquez Rossi, 1996, p. 248).

Finalizamos este apartado con la enseñanza doctrinaria que sustenta que el derecho se dirige a la defensa de la dignidad del hombre que necesita de medios idóneos de protección para evitar toda arbitrariedad en su contra debido a que, encontrarse sometido

a un procedimiento penal, implica poner en juego sus valores fundamentales (Vázquez Rossi, 1996).

Capítulo III

Restricción a la libertad. Sistema penal.

1. La pena y su finalidad. Cómputo de plazos.

La pena consiste en la pérdida de un bien jurídicamente protegido, es decir, de un bien que representa un valor jurídico del delincuente. El fin que conlleva la pena no es la expiación de sentido moral, tampoco en sentido jurídico de devolver mal por mal.

Su finalidad consiste tanto en lograr que no se delinca, actuando como prevención respecto a todos los miembros de la sociedad; o bien procurando que el encartado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley para una adecuada reinserción social (Núñez, 1999).

Siguiendo lo referido a su fin podemos decir que *“no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (...) que guardada la proporción hagan una impresión eficaz y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”* (Beccaria, 1997, p. 45/46).

Continúa el autor citado advirtiendo que *“para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”* (Beccaria, 1997, p. 112).

Las penas privativas de libertad, son consideradas penas reformadoras y se presentan como las más aptas para su finalidad individual. Se consideran restrictivas de la libertad a las penas de prisión y reclusión, por cuanto el delincuente pierde su libertad ambulatoria.

Respecto lo atinente a la manera de computar los plazos, nuestro Código Penal los estipula de la siguiente manera:

Los plazos de la reclusión y la prisión temporales se cuentan con arreglo a los art. 23 y s.s. del Código Civil (C.P., 77). un día de prisión preventiva se computa por uno de prisión y dos días de prisión preventiva, por uno de reclusión (C.P., 24). El día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se cuentan de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha (C.C. 24). Si durante la condena el penado se vuelve loco, el tiempo de locura se computa para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste para que sea internado en un manicomio o establecimiento especial (C.P., 25) o excluido del régimen penitenciario común (Núñez, 1999, p. 290).

2. Penas privativas de libertad

2.1. **La pena de reclusión:** puede ser temporal o perpetua y dentro del establecimiento penitenciario los presos deben cumplir con trabajo obligatorio, salvo que se trate de una persona enferma o débil o mayor de sesenta años y en razón de ello no podrán sino ser sometido a trabajos especiales determinados por la dirección del establecimiento (Núñez, 1999).

Respecto lo enunciado, el art. 8 del Código Penal refiere al supuesto de los menores de edad y de las mujeres al determinar que, en ambos casos, sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

2.2. **La pena de prisión:** temporal o perpetua, acarrea consigo el trabajo obligatorio pero en lugares distintos al determinado para los reclusos –penados a reclusión–. Respecto a la prisión que no exceda de seis meses, dará lugar a que las mujeres honestas, mayores de sesenta años o valetudinarios gocen de una detención domiciliaria (Núñez, 1999).

Nuestro Código Penal en su art. 10 expresa que podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) *“el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) el interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) el interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) el interno mayor de setenta (70) años; e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”*.

2.3. **Multa o arresto:** de carácter intimidatorio, es susceptible de alcanzar un valor penitenciario relevante. Es una pena principal y posee carácter retributivo del delito cometido pudiendo ser conminada como pena única o alternativa de la prisión o conjuntamente con la inhabilitación o prisión (Cafferata Nores y Montero, 2001).

Nuestro Código Penal⁶ versa lo siguiente:

Artículo 21: “La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado. Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio...”

Artículo 22: “En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido”.

Artículo 22 bis: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”.

2.4. **Inhabilitación**: es una pena principal y ocupa el último lugar respecto el orden de gravedad de las penas tipificadas en el C.P. Puede ser absoluta o especial y perpetua o temporal. Su finalidad no consiste en reformar al delincuente, sino a proteger a los terceros otorgando seguridad atento a la pérdida de bienes que acarrea dicha sanción (Cafferata Nores y Montero, 2001).

Respecto la inhabilitación el C.P. establece:

Artículo 19: La inhabilitación absoluta importa: 1°. “La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2°. La privación del derecho electoral; 3°. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4°. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión”.

Artículo 20: “La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo

⁶ Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993

género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.

Artículo 20 bis: *“Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; 3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público”.*

Artículo 20 ter: *“El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible...”*

Es de suma importancia destacar que, en materia penal, la ley procesal como norma que estipula formalidades, debe regularse, aplicarse y precisarse teniendo en miras el fin por el que dichas formalidades se prescriben. Se observa, entonces, la abreviación del procedimiento tendiente a lograr una pronta y eficaz administración de justicia, economizando energía jurisdiccional para reinvertirla en aquellas causas que por su complejidad demanden mayor esfuerzo. De esta manera se obtiene acelerar el proceso y acortar el lapso de tiempo entre la comisión del hecho y el dictamen de sentencia (Cafferata Nores y Montero, 2001).

Sucede, entonces, que la sensación constante de inseguridad sumado al reclamo social, conlleva a retar a la administración de justicia a los fines que ésta actúe de manera rápida y contrarreste la explosión delictual mediante el restablecimiento del orden social alterado manteniendo la vigencia del precepto legal y garantizando el estado de derecho (Cafferata Nores y Montero, 2001).

... la necesidad en materia de enjuiciamiento criminal, de abreviar dentro de los marcos posibles (norma constitucional y legal consagrada en respeto a la eficacia y garantías individuales), el procedimiento y el rito, descartando todo trámite pomposo, burocrático e innecesario, de forma tal que pueda hacerse posible o por lo menos nos permita acercarnos

decididamente a aquel ideal en materia de justicia penal cual resulta el adecuado punto de equilibrio entre el valor “justicia”, meta irrenunciable del sistema judicial, y el valor “seguridad”, que exige una pronta solución de los procesos, para que cada uno pueda tener certeza, lo más rápido que se pueda, sobre la existencia y alcance de sus derechos (Cafferata Nores y Montero, 2001, p. 237).

La cita precedente refleja claramente la finalidad consagrada normativamente en los pactos internacionales que garantizan la protección estatal de la sociedad toda respecto a la violación de los derechos consagrados en sus normativas.

Sugerimos la remisión⁷ al capítulo VI para una mejor comprensión por parte del lector de lo enunciado precedentemente respecto al alcance de la normativa internacional, toda vez que dicho apartado se enfoca al análisis detallado de la temática descripta.

3. Sistema penal argentino. Referencia.

Sancionada una ley penal, ésta adquiere el carácter de obligatoriedad dentro de los ocho días siguientes a su publicación en el Boletín Oficial, salvo disposición en contrario, y rigiendo por el tiempo que ella determine o hasta tanto no sea derogada expresa, implícitamente, total o parcialmente por otra ley (Cafferata Nores y Montero, 2001).

La eficiencia de un sistema penal radica en obtener de manera legítima la recolección de pruebas idóneas para atribuir responsabilidad al encartado. Las pruebas del delito tornan legítima la investigación y evitan la impunidad, pero para ello se requiere de fiscales capacitados, de técnica policial y sobre todo de imaginación para perseguir el delito de arriba para abajo y no a la inversa, es decir, investigar de lo más grave a lo más leve (Cafferata Nores y Montero, 2001).

Por su parte, la tarea del Ministerio Público Fiscal consiste en recabar toda prueba eficaz y legítima que desvirtúe o compruebe la responsabilidad del supuesto delincuente. Dichas pruebas serán arrimadas al juez a los fines de hacer justicia con la sentencia dictada. Cabe remarcar que la obtención de aquellas que no revistan el carácter mencionado, conducirán a una flagrante ilegalidad (Cafferata Nores y Montero, 2001).

⁷ Véase: Capítulo VI, p.64 (remisión).

3.1. **Sistema acusatorio:** poseyendo como lema primordial la inocencia del acusado, hasta que se pruebe lo contrario, funciona como una garantía individual frente al intento estatal de imponer una pena. La restricción de la libertad ambulatoria, antes de la condena, es de carácter excepcional, pero sólo como una medida cautelar de los fines del proceso, y nunca como una sanción anticipada (Cafferata Nores, et al., 2004).

En este sistema, el acusado es considerado sujeto del proceso, respetando su dignidad y derecho de defensa. Los roles respecto a las funciones de acusar, defender y juzgar se delegan a sujetos diferenciados e independientes entre sí. El sujeto imputado no tiene obligación de colaborar con la investigación fiscal preparatoria (Cafferata Nores, et al., 2004).

3.2. **Sistema inquisitivo:** en este sistema, el imputado es considerado un objeto de persecución sin respeto a sus derechos ni dignidad ya que el proceso es un castigo en sí mismo y presupone la culpabilidad como regla principal. El dictado de la prisión preventiva funciona como factor punitivo, ejemplar e inmediato. La atribución de culpabilidad es pre-supuesta y en razón de ello el reo carece de cualquier posibilidad defensiva (Cafferata Nores, et al., 2004).

El inquisidor, que so pretexto de la búsqueda de la verdad no sólo juzga, sino que además se atribuye los roles de acusador y defensor. El sujeto sometido a proceso tiene la obligación, aún por la fuerza, de prestar la colaboración que le sea requerida (Cafferata Nores, et al., 2004).

3.3. **Sistema mixto:** síntesis de las virtudes de los dos paradigmas precedentes, encontramos el llamado sistema mixto, cuya caracterización más acertada sería la de "inquisitivo mitigado" toda vez que refleja los defectos y las desviaciones sobresalientes de éste en mayor medida que el acusatorio. Este sistema es el que rige en Argentina, salvo algunas excepciones parciales como los C.P.P. de las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Tucumán (Cafferata Nores, et al., 2004).

Este modelo rescata aspectos del inquisitivo especialmente en lo referido a la persecución y el juzgamiento del delito, siendo ambas actividades a cargo de funcionarios del Estado. El concepto de verdad real funciona como objetivo primordial a revelar en el

proceso para dar paso a la sentencia como la única forma de dirimir el conflicto con la aplicabilidad de la ley penal (Cafferata Nores, et al., 2004).

Podemos decir, entonces, que la audiencia penal deberá basarse en una acusación sostenida y acreditada por el órgano de persecución penal (Ministerio Público Fiscal) y desarrollarse en forma oral y pública. En lo concerniente a la sentencia, ésta debe sustentarse en base de las pruebas y argumentaciones producidas y por obra de los mismos jueces que las recibieron, aspecto que es frecuentemente ignorado en la práctica por la rotulada "ultra actividad" de la etapa preparatoria fiscal (Cafferata Nores, et al., 2004).

El sistema mixto, se presenta como un paradigma "inquisitivo mitigado" de enjuiciamiento penal, que se caracteriza por no respetar el modelo imperante en nuestra Constitución Nacional, sobre todo después de la incorporación a ella, y a su mismo nivel, de los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, C.N.) ya que se ha dejado de lado, en el campo de la interpretación jurídica, muchos aspectos del procedimiento penal para transmutarlos en texto manifiesto e indiscutible (Cafferata Nores, et al., 2004).

Sin embargo, y siguiendo el hilo conductor del referido sistema imperante en nuestro sistema, se perfila que han quedado perfectamente en claro otros dos conceptos, a saber:

a) el primero; es la necesidad del Estado de perseguir el delito y cumplimentar con su obligación de garantizar a las víctimas el derecho a la justicia ante los tribunales y

b) el segundo, es que por culpables que puedan ser los delincuentes y a pesar de la gravosidad del delito cometido, el poder estatal no puede ejercitarse ilimitadamente sino con sujeción a la moral y el derecho, solo así el procedimiento será legítimo en relación a la investigación desplegada y la sentencia pronunciada (Cafferata Nores, et al., 2004).

De lo comentado, concluimos trayendo a colación el pensamiento doctrinario referido a la prisión, mediante el cual se ha dicho que:

Un error no es menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, nace de dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el encarcelar a un ciudadano, quitar la libertad a un enemigo con pretextos frívolos y el dejar sin castigo a un amigo

con desprecio de los indicios más fuertes que le descubren reo. La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena (...) estas penas deben establecerse por la ley y no por los jueces, cuyos decretos siempre se oponen a la libertad política, cuando no son proposiciones particulares de una máxima general, existente en el código (Beccaria, 1997, p. 82).

4. Actual Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal Argentino. Nociones.

Previo a concluir este capítulo, consideramos de suma importancia referirnos – brevemente– al actual Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal que tiene como objetivo el pase de un sistema mixto a uno acusatorio con el fin de convertirse en un instrumento de procedimiento más rápido y moderno.

El Sistema Argentino de Información Jurídica –Infojus⁸– sostuvo que la Cámara de Diputados aprobó el nuevo texto normativo, que había recibido media sanción el pasado 19 de noviembre. El nuevo Código de Procedimiento Penal incorpora los principios de celeridad, oralidad, publicidad y “desformalización” de las decisiones. Esta reforma busca crear un instrumento de procedimiento ágil, rápido y moderno que asegure una administración de Justicia que contemple la reparación a las víctimas.

Tomando como referencia la nota publicada por la Agencia de Noticias Télam⁹ del día 22 de noviembre de 2014, mediante la cual se hizo alusión de los puntos centrales a reformar, se mencionan, como de mayor relevancia, los siguientes:

1. En la actualidad rige el “Código Levene”, sancionado en 1991 que es un código mixto, entre inquisitorio y acusatorio. Actualmente, el juez tiene la facultad de delegar en el fiscal la investigación o realizarla enteramente él. Con el nuevo Código Procesal Penal quedaría instalado el sistema acusatorio que delega en el fiscal toda la investigación sin quitarle las facultades que le son propias al juez.

⁸ Véase: Nuevo Código Procesal Penal de la Nación en <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion>

⁹ Véase : Principales puntos del proyecto de reforma del Código Procesal Penal en <http://www.telam.com.ar/notas/201410/82524-puntos-proyecto-reforma-codigo-procesal-penal.html>

2. Cambiaría el rol de querellante particular, es decir que, a partir de la reforma las víctimas podrán participar en el proceso, conjuntamente con el juez y fiscal, exigiendo y produciendo medidas e inclusive proponiendo la dirección del proceso, cuando el juez y el fiscal no lo hagan.

3. Respecto al dictado de prisión preventiva el nuevo Código prevé, en aquellos casos de detención al momento de cometer el delito –flagrancia–, que el juez debe resolver la prisión preventiva en un plazo no mayor de 72 horas.

4. En lo que concierne a la reincidencia, es un clamor de la sociedad que la reincidencia sea tomada como una causal para determinar la prisión preventiva, y no otorgar la libertad de quien ha cometido un delito, o por lo menos se presume que ha cometido un delito.

5. Otro punto que llevara a agilizar el proceso es que el nuevo Código regula la conciliación y mediación entre víctima y victimario, evitando así que mucho casos menores lleguen a juicio oral.

6. Ningún proceso podrá durar más de tres años. Las audiencias serán orales, públicas y con decisión en el mismo momento. La oralidad da contemporaneidad a las decisiones, publicidad y participación, por parte de la víctima que hoy no tiene, así como un control social. Asimismo, las apelaciones a las sentencias se deberán resolver también en cinco días, desde el momento en que se interponen.

7. Se prevé una justicia más veloz, por cuanto la instrucción en las causas se realizará como máximo en un año y el juicio oral debe ejecutarse entre cinco y treinta días una vez terminada la investigación o instrucción. Esto no significa que transcurrido un año prescriba la causa, pues ésta no prescribe. Otro punto importante es que el nuevo Código regulará la conciliación y mediación entre víctima y victimario, evitando así que mucho casos menores lleguen a juicio oral.

8. Otro aspecto de central importancia en el Proyecto es el que prevé control y sanciones para los fiscales y jueces cuando éstos no cumplan con los plazos perentorios para investigar o juzgar siendo posibles de sanciones graves. De acuerdo con la

legislación vigente, tres sanciones graves son causal de jury para un juez, con el Proyecto se estima que en caso de ser unificada la ley de Ministerio Público Fiscal, también lo será para un fiscal.

9. La actual reforma prevé la expulsión de extranjeros que tienen algún tipo de irregularidad en su situación migratoria y son sorprendidos *in fraganti* en la comisión de un delito. Esta medida se da como condición de la suspensión del juicio a prueba. En ese caso van a ser expulsados del país y no podrán volver a reingresar por 15 años y si lo hacen serán juzgados por el delito por el cual fueron extrañados. El fiscal puede oponerse por criterios de política criminal o por ser necesario para otra investigación en curso. Se aplica siempre y cuando la expulsión no afecte la reunificación familiar.

Según lo expresado en Infobae¹⁰, se argumentó que el Proyecto de Reforma crea 47 Oficinas Judiciales en el ámbito de la Justicia Penal Federal y Nacional, 48 cargos de Director de Oficina Judicial equiparado a Secretario Letrado; crea 17 Oficinas Judiciales de Medidas Alternativas y Sustitutivas, que funcionarán bajo el ámbito de la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación Penal y de las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en el interior del país. Asimismo 15 Subdirecciones de Control y Asistencia de Ejecución Pena, con sus respectivos funcionarios.

Los aires de cambio para la Justicia llegaron con un último pero contundente impulso antes del proceso eleccionario: las cartas ya están jugadas para que el Código Procesal Penal sea puesto en marcha el próximo 1° de Agosto, todo esto a excepción de la justicia federal que tendrá sorpresivamente su prórroga.

De lo referido, creemos en el acierto de esta imperiosa necesidad de reforma a nuestro Código Procesal Penal, toda vez que, mediante la misma se logrará celeridad en las causas que necesariamente para el imputado y con fundamento al interés social deben resolverse sin más trámite, es decir, de manera expedita. Asimismo, consideramos acertada la medida adoptada en relación a las potenciales sanciones para fiscales y jueces que no se adecúen a los plazos que la reforma estipula.

¹⁰ Véase: <http://www.infobae.com/2015/03/29/1718862-el-gobierno-apura-la-implementacion-del-nuevo-codigo-procesal-penal>

Por otro costado, deviene ventajoso la nueva medida adoptada en cuanto a la víctima y sus familiares –querellantes– quiénes van a poder participar en el proceso, incluso proponiendo la dirección del mismo ante la inactividad del juez o fiscal.

Capítulo IV

Prisión preventiva. El Estado y su responsabilidad objetiva.

1. La prisión preventiva. Concepto y generalidades.

La prisión preventiva es una medida de carácter excepcional dispuesta por el órgano judicial posterior a la declaración del imputado y solo cuando haya cierta probabilidad de autoría con el hecho atribuido y existan sospecha de que el sindicado culpable pudiere evadir el proceso o entorpecer la investigación. Configura un “estado” privativo de la libertad ambulatoria (Cafferata Nores, et al., 2004).

El hecho de considerar la prisión preventiva como un “estado” ha llevado a prestigiosa doctrina nacional a sostener que: “... *es en la realidad la verdadera pena, y que el juicio oral y público es sólo un suerte de recurso de revisión contra ella*” (Cafferata Nores, et al., 2004, p. 388).

Nuestro Código Penal no sanciona con este tipo de prisión a aquellos hechos delictivos que no posean sanción de privación de la libertad, tal lo que sucede con la multa e inhabilitación. Si en cambio la sanción del hecho se corresponde a la pena privativa de libertad y por la cual proceda la condena condicional, la regla general se enfoca en la permanencia de la libertad del imputado, salvo –como ya se dijo– que exista riesgo procesal.

1.1. Procedencia y requisitos para su dictado. Cesación.

La prisión preventiva procede con la existencia de *elementos de convicción suficientes* que hagan probable la participación delictiva en el hecho investigado cuando se evidencie un riesgo procesal en el curso de la investigación que hagan presumir la negativa de colaboración por parte del sindicado como sospechado (Cafferata Nores, et al., 2004).

Son requisitos necesarios para la procedencia de esta medida:

a) Fumus boni iuris: probabilidad del imputado de haber participado en la comisión del hecho delictivo y

b) Periculum in mora: traducido en la sospecha de fuga o evasión del imputado ya sea para eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación penal preparatoria (Cafferata Nores, et al., 2004).

Esta medida puede dictarse en el término de diez (10) días contados desde la declaración del imputado; el fiscal de instrucción la dicta mediante decreto fundamentado

mientras que el juez lo hace por auto interlocutorio. Tratándose de personas con privilegio constitucional, previamente se requiere el allanamiento de la inmunidad, si en cambio el sujeto no posee fuero, la medida se dispone derechamente (Cafferata Nores, et al., 2004).

Entonces, de lo comentado podemos decir que, para que proceda el dictado de prisión preventiva, ésta debe fundarse en la probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible, que exista sospecha que el reo intente profugarse, o indicios de que entorpezca la actividad probatoria. De esta manera se justificará el dictamen de la medida coercitiva.

1.2. El sobreseimiento y la absolución del imputado.

El sobreseimiento es definido por nuestra doctrina como: *“la decisión jurisdiccional que cierra el proceso en forma definitiva e irrevocable a favor del imputado, por no tener fundamento o haberse extinguido la pretensión penal que se hacía valer”* (Cafferata Nores, et al., 2004, p. 481).

Es decir que, puede dictarse en cualquier estado de la etapa sumarial cuando no se dan los presupuestos materiales para la configuración del delito que se le atribuye al imputado y por existir certeza respecto de la inocencia y carencia de prueba alguna que lo sindee como culpable; en este supuesto deberá cerrarse el proceso con el dictado del sobreseimiento a favor del imputado (Cafferata Nores, et al., 2004).

Entonces, el encartado recobra automáticamente su libertad, aun cuando el sobreseimiento sea recurrible por el Ministerio Público Fiscal o por el mismo damnificado quien podrá apelar la medida cuando ésta resulte injusta por decir que se sobresee por prescripción y no porque el hecho no era atribuible al imputado. Respecto al querellante particular, la doctrina está dividida, algunos sostienen que dicho recurso lo tienen limitado; otros en cambio lo consideran viable siempre y cuando no haya habido acuerdo entre fiscales para su dictado (Cafferata Nores, et al., 2004).

Respecto a la absolución¹¹, por hechos tipificados como delito, existen dos fases muy bien diferenciadas: una primera, de instrucción o investigación judicial de los hechos supuestamente delictivos y que han sido objeto de denuncia. Y una segunda, de

¹¹ Véase : <http://www.laley.es/mk/libroslegal/pag25a31.pdf>

enjuiciamiento. Es en esta segunda fase es dónde se van a practicar todas las pruebas necesarias para que el juez o tribunal dicte sentencia, que podrá ser condenatoria o absolutoria. No cabe un pronunciamiento distinto de éstos, ni resolución judicial diferente que la de sentencia, toda vez que, no puede dictarse auto de sobreseimiento por ejemplo porque dicho estadio corresponde a la etapa de investigación llevada a cabo por el fiscal de instrucción.

Cualquiera de estas dos medidas acarrea el cese de la prisión preventiva, ya sea por el dictado de sobreseimiento o la sentencia de absolución o condena firme. Sin embargo, a pedido del imputado y de su representante letrado, se podrá obtener el cese de la medida cuando se arrimen nuevos elementos de prueba mediante los cuales se demuestre que no concurren los motivos exigidos para su mantenimiento (Cafferata Nores, et al., 2004).

Asimismo dicha medida coercitiva cesará en aquellos casos que, transcurridos dos (2) años de su dictado, no se haya expedido el tribunal respecto la sentencia; sin embargo podrá prorrogarse por un (1) año refutando dicha solicitud si el tribunal considera que la causa es de compleja investigación (Cafferata Nores, et al., 2004).

1.3. La reforma al art. 281 C.P.P. de Córdoba. Nuevas directivas para el dictado de la prisión preventiva a raíz del resonante fallo¹² Loyo Fraire.

El reformado artículo hace referencia, entre otros indicadores, al pronóstico punitivo. Tuvo repercusión a partir del reciente caso Loyo Fraire, Gabriel Eduardo p.s.a. de estafa reiterada y en razón del cual se expresa que deben tenerse en cuenta no solo la pena, sino también las condiciones personales del sujeto afectado por la medida de coerción; y la posterior posibilidad de que ellas sean evaluadas por un tribunal superior.

Así las cosas, realizaremos un pormenorizado análisis de lo estipulado por la ley 10.201 ¿Qué nos dice la norma reformada? :

Artículo 281. Prisión Preventiva: *“Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de que aquel tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. La eventual*

¹² Véase: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/indexDetalle.aspx?enc=KffE/tRS5/mtgwRv2qmEuA==>

existencia de peligro procesal podrá inferirse, entre otros, de (1)la gravedad del pronóstico punitivo hipotético por no aparecer procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional –art. 26 del Código Penal–; (2)falta de residencia del imputado; (3)declaración de rebeldía; (4)sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior; (5)condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal; (6)abandono de tratamientos por adicción impuestos por órganos judiciales; (7)del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir en la víctima y/o testigos durante el proceso o; (8)del lugar que en la cadena de comercialización hubiere ocupado el imputado en los delitos que tiene por objeto la ley N° 10.067. Cuando en razón de una interpretación de un tribunal superior más favorable para el imputado se debieran analizar circunstancias imprescindibles para decidir sobre la aplicación de este artículo que no hayan sido valoradas con anterioridad, la averiguación de aquellas deberá realizarla, de modo sumarísimo, el órgano judicial ante el que se esté tramitando la causa. En todo caso deberán resguardarse los intereses tutelados por el artículo 96 de este Código”.

Entonces, estas desviaciones entroncan en la misma e inconstitucional concepción punitiva- procesal, que encuentra una forma expeditiva de ponerse en práctica gracias a que la pena de prisión preventiva es más sencilla de imponer que la *pena verdadera*, toda vez que, agregamos nosotros, no requiera como ésta la certeza sobre la responsabilidad penal sino que se asienta sobre la viscosidad de la sospecha aunque grave, fundada y aun probable igualmente es solo sospecha (Cafferata Nores, 2014).

Está en la autoridad de los magistrados y no en la voluntad de la ley penal el origen de la medida coercitiva de encierro, sin embargo creemos que aquellos deberían aplicar el sentido de la normativa en lugar de sustituirlo con criterio arbitrario. Continuando la cita precedente, advertimos que *“es habitual que bajo la excusa de temores procesales se le asigne al encarcelamiento provisional, en realidad una tarea sustantiva que termina trastocando sus funciones”* (Cafferata Nores, 2014, p.254).

A la sazón, por imperio de los principio de inocencia y del juicio previo consagrados por nuestra normativa supranacional y con arreglado a las disposiciones del C.P.P, podemos invocar la enseñanza doctrinaria de la actual reforma del art. 281 C.P.P.

que infiere: “*queda así vedada totalmente, cualquier intentona de utilizar la prisión preventiva como un castigo o una medida de prevención delictiva (medida de seguridad) anticipados a la sentencia de condena firme, no solo abierta sino también encubierta mediante formulas alambicadas*” (Cafferata Nores, 2014 p. 254).

2. Responsabilidad del Estado y *error judicial*.

No es tarea fácil reconocer la responsabilidad estatal, toda vez que, como lo alude prestigiosa doctrina¹³ nacional, en los orígenes se sostenía que el soberano nunca se equivocaba y mal podría pretenderse la existencia de responsabilidad allí donde existía soberanía. Sin embargo, el Estado de Derecho presupone la autolimitación de los poderes estatales, permitiendo de esa manera un ensanchamiento respecto la responsabilidad del Estado por aquellos actos que le sean jurídicamente imputables.

De lo expresado surge el interrogante respecto a la factibilidad de reparación estatal por el dictado de prisión preventiva. Para responder lo plantado tomamos como referencia la cita que nos precede con el comentario¹⁴ de Germán Bidart Campos quién ha dicho que en nuestro sistema jurídico, la privación preventiva de la libertad durante el proceso es capaz de originar un derecho a la reparación por parte del damnificado.

Continúa el citado autor diciendo que, es necesario verificar qué dispositivos se verifican sobre la prisión preventiva en los Tratados de Derechos Humanos, ya que, en nuestra Constitución no se encuentra definido de manera expresa el problema. Surge, entonces, el art. 9.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: “*toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación*”, evacuando nuestra duda por ser el que más conexión guarda con el tema sometido a análisis.

En razón de lo expresado, podemos referirnos al *error judicial* como: “*todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con*

¹³ Véase: Comentario de Gherzi, C., A. (2000) en “*Responsabilidad del Estado por actos lícitos o cumplidos en la realización de políticas*”. Revista de Derechos de Daños N°9, p. 283/284. Responsabilidad del Estado. Ed. Rubinzal-Culzoni.

¹⁴ Véase: Comentario de Bidart Campos, G., J. (2000) en “*¿Hay un derecho a la reparación por la privación preventiva de libertad?*”. Revista de Derechos de Daños N°9, p. 227. Responsabilidad del Estado. Ed. Rubinzal-Culzoni.

los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar” (Bustamante Alsina, 1997, p.500).

Intrínsecamente relacionado con el Principio de Inocencia, el *error* en la atribución de culpabilidad opera como un derecho al reclamo indemnizatorio por quién ha sido condenado en virtud de un *error judicial*, sea de manera culposa o dolosa, toda vez que, equivocadamente declarado culpable, abre paso al posible reclamo a ser indemnizado por los daños sufridos en razón de la sentencia injustamente dictada. Lo antedicho encuentra fundamento en el art. 14.6 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (Cafferata Nores, et al., 2004).

Es mediante el *error judicial* donde se infiere que la prisión preventiva constituye una necesidad del ejercicio de un deber del Estado la cual no implica que quien la sufra deba soportar el daño que ella le ha causado. La licitud del poder judicial no obstaculiza el derecho indemnizatorio toda vez que ha de priorizarse, como dato relevante y suficiente, que el imputado haya sufrido un detrimento lo suficientemente grave y anormal de acuerdo a las circunstancias del caso que lo trajo a proceso, conciliándose de esta manera el derecho individual con el derecho de defensa social que impone la privación de la libertad del sospechoso (Bidart Campos, 2000).

Del mismo modo, opera este derecho en aquellos casos de palpable improcedencia en la detención o dictado de prisión preventiva, cuando a pesar de no corresponder o no ser necesarias dichas medidas igual tuvieron lugar durante el curso del proceso – art. 9.5, PIDCP–, y una vez culminando el juicio, el tribunal se pronuncia con la absolución o el sobreseimiento, tal lo dispuesto por el art. 9.1, PIDCP, el art. 42, segundo párrafo, de la Constitución provincial y el art. 300 del C.P.P. de la provincia de Córdoba (Cafferata Nores, et al., 2004).

Para esta eventualidad se prevé expresamente que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tiene el derecho efectivo a obtener reparación. Pero también puede suceder que la lesión a los derechos individuales derivada de la privación de la libertad cautelar haya sido producto de una imputación que por insuficiencia de elementos probatorios de cargo o por la aparición de elementos de descargo no haya sido homologada por el órgano jurisdiccional encargado de dictar sentencia. Para esos casos en los que el tribunal dicta sentencia de sobreseimiento o absolución, según la etapa procesal, se establece la facultad del Estado de

indemnizar el tiempo de privación de la libertad, con arreglo a la ley (Cafferata Nores, et al., 2004, p.399).

Parte de la doctrina ha sostenido dos posturas que caracterizan el error judicial y su capacidad de engendrar responsabilidad:

a) La primera, que considera esencial, es que *“la causa de la decisión judicial errónea, entendiéndose que el error existe cuando por dolo, negligencia, equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos”* (Tawil, 1989, p.57)

b) La segunda, privilegia la consideración del error como resultado, *“... por importar éste una conclusión equivocada y no ajustada a la ley, bien porque no se hubiera aplicado correctamente el derecho, bien porque se hayan establecido hechos que no se corresponden con la realidad”* (Tawil, 1989, p.57).

Coincidimos con el autor citado, respecto a la segunda posibilidad como la más adecuada ya que el reconocimiento de la responsabilidad debe fundamentarse en un basamento objetivo, es decir, con independencia de su causa y evitando de ésta manera arribar a extremos no deseados.

De lo referido concluir que, entablado el pretense reclamo indemnizatorio por parte del damnificado en principio deberá ser afrontado por el Estado, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera recaer en aquellos funcionarios judiciales actuantes en caso de prevaricato, negligencia, cohecho, entre otros (Cafferata Nores, et al., 2004).

2.1. Antecedentes.

El orden nacional es rico en antecedentes normativos. Tan es así que desde los albores mismos de la argentinidad se intentó regular la responsabilidad del Estado por errores judiciales en materia penal. Siguiendo el comentario¹⁵ de Santiago Saravia Frías podemos mencionar la normativa que imponía al Estado la obligación de indemnizar los perjuicios causados a raíz de la actuación judicial:

a) el reglamento de la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811;

¹⁵ Véase: comentario de Santiago Saravia Frías en *“Responsabilidad del Estado por error judicial y deficiente administración de justicia”* en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/12.pdf>

- b) los estatutos provisionales sancionados por la Junta de Observación el 5 de mayo de 1815;
- c) los sancionados por el Congreso de Tucumán el 22 de noviembre de 1816;
- d) las Constituciones unitarias de 1819 y 1826, y
- e) la ley 224, sancionada en 1859, por medio de la cual la Confederación Argentina reconoció el derecho a indemnizar los perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país.

Asimismo, luego de unificada definitivamente la República en 1860 con el advenimiento de Buenos Aires a la Confederación, en el Congreso de la Nación se presentaron numerosos proyectos regulando esta materia, aunque siempre circunscritos al ámbito penal. Entre los que se pueden mencionar los de los diputados Raúl Damonte Taborda, en 1938; Manuel Graña Etcheverry, en 1947; Dante Óscar Tortonese, en 1964; Carlos Arturo Juárez, en 1965, y por los senadores Eduardo Menem y Liborio Sánchez, en 1984.

Finalmente, en 1991 se sancionó el vigente art. 488 del Código de Procedimiento nacional, que establece lo siguiente: *“La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado o, por su muerte, a sus herederos forzosos”*.

Es decir que tanto en la órbita nacional como en las provincias, los aspectos sustanciales o de fondo, como los procedimentales o de forma, se encuentran previstos en la normativa vigente, brindando herramientas jurídicas suficientes para que, en la mayoría de los supuestos de condenas erróneas, sea posible lograr su revisión y en su caso la reparación pertinente.

2.2. Normativa nacional, provincial y tratados internacionales respecto la responsabilidad por *error judicial* .

Continuando la cita que nos precede respecto del comentario de Santiago Saravia Frías, podemos vislumbrar que la mayoría de las provincias, adelantándose a la nación al

igual que en otras materias de derecho público, han reconocido expresamente en sus Constituciones provinciales y/o en sus normas de procedimientos la responsabilidad del Estado por *error judicial*. Tal es el caso, por ejemplo, de las provincias de Formosa, Jujuy, La Pampa, Río Negro, Santa Fe, Tierra del Fuego, Ciudad de Buenos Aires, Neuquén, Salta, Córdoba, Chubut, Chaco y Misiones, que admiten este tipo de responsabilidad en sus propias Constituciones provinciales, aunque por supuesto con distinta extensión. Así, por ejemplo, en las siete primeras la reparación se limita a condenas erróneas en el ámbito penal.

En el caso de Neuquén, el reconocimiento de la responsabilidad, si bien se circunscribe al ámbito penal, es más amplio que en las provincias antes mencionadas, por cuanto no se limita a las condenas, con lo cual somos de la opinión de que en dicha provincia esta norma serviría de sustento para indemnizar las prisiones preventivas cuando a la postre hubieren resultado injustas, ya sea por haberse absuelto o sobreseído definitivamente al imputado. Por su parte, en Salta y Chubut los errores judiciales que dan lugar a indemnización no se limitan al fuero penal, pudiéndose responsabilizar al Estado por los errores en el ejercicio de la función judicial cometidos en los restantes fueros.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires cubre un particular aspecto de la responsabilidad por deficiente administración de justicia, cual es la demora excesiva en la resolución de las causas de cualquier fuero, al disponer que las causas deberán decidirse en tiempo razonable y que el retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen faltas graves. Por su parte, en las provincias de Chaco y Misiones, sus respectivas Constituciones dan pie para interpretar que deben responder no sólo por condenas erróneas, sino también por el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Cabe resaltar que en Santa Cruz el art. 17 de su Constitución dispone que “*una ley establecerá indemnización para quienes habiendo estado detenidos por más de sesenta días fueren absueltos o sobreseídos definitivamente*”, siendo éste el único caso en que una norma reconoce de manera expresa indemnización para quienes sufrieron detenciones privativas de la libertad y luego resultaron absueltos o sobreseídos definitivamente.

A la postre, en ciertas provincias como en Córdoba y Santiago del Estero, se dispone que no es necesario el previo juicio político y la remoción para demandar a los magistrados civilmente, lo cual constituye a nuestro entender un acierto, pues se trata de distintos tipos de responsabilidades.

Profundizando respecto a nuestra esfera provincial, observamos que el art. 42 de la Constitución de la Provincia de Córdoba prevé que *“La privación de la libertad durante el proceso tiene el carácter excepcional (...); en caso de sobreseimiento o absolución, el Estado puede indemnizar el tiempo de privación de libertad, con arreglo a la ley”*. Esto es así en cuanto queda subordinado a la responsabilidad del Estado la privación de la libertad ambulatoria que sufra el imputado durante la sustanciación del proceso.

Así las cosas y siguiendo el orden provincial –art. 300 del CPP (Código Procesal Penal)–, se enuncia la procedencia de la indemnización al decir que: *“Si al disponerse el sobreseimiento o la absolución del imputado, se advierte que fue privado arbitrariamente de su libertad, a su pedido, el tribunal de la causa, previa vista Fiscal, podrá acordarle una indemnización que estimará prudencialmente con arreglo a las circunstancias del caso”*

Por otro costado, en el orden nacional, nuestra Constitución prescribe los llamados *derechos implícitos* –no enumerados– así lo estipula en su art. 33 al referir: *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*.

De lo antedicho se desprende la idea de inclusión de un derecho a la *“reparación del daño”*. En otras palabras, significa que cuando una conducta, un acto, una norma, tanto si su autor es el Estado *lato sensu* como si proviene de particulares, causa perjuicio (Bidart Campos, 2000).

En el ámbito internacional los Tratados de Derechos Humanos poseen jerarquía constitucional dispuesta así por el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución, al referir al Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que señalan las condiciones necesarias para que proceda la medida cautelar, y en su caso, establecen el derecho a la reparación dando base para el desarrollo de la misma.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su art. 10 que *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”*. La norma es de naturaleza operativa, ya que al aludir al derecho de indemnización conforme a la ley, no está supeditado ese derecho a la existencia de una norma interna del Estado, sino dando a entender que el monto y las condiciones de la reparación se sujetan a la ley. Pero, si no hay ley, en virtud de la obligación que a los Estados que son parte en el Tratado les impone el art. 2º, ese Estado debe tomar medidas de otro carácter (ej., las sentencias) para hacer efectivo ese derecho reconocido en el citado art. 10 (Bidart Campos, 2000).

Por su parte, el art. 9.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos prescribe que *“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”*. Acá se apunta a una privación ilegítima de la libertad, sin referencia alguna a la sentencia que pueda haberla dispuesto erróneamente. Entonces, es este artículo 9.5 el que más conexión guarda con el tema analizado. Se trata de saber si la privación de libertad durante el tiempo que dure el proceso es capaz de originar un derecho a la reparación (Bidart Campos, 2000).

Capítulo V

Jurisprudencia nacional y provincial. Antecedentes.

1. Responsabilidad estatal.

Para poder responsabilizar al Estado por *error judicial* se exige de manera pacífica y reiterada que el acto que ocasiona daños debe ser previa y necesariamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto (Cerdea, 2008).

Como consecuencia de la necesaria remoción de la cosa juzgada para considerar configurado el *error judicial* el Alto Tribunal requiere: a) *agotar los medios procesales de revisión judicial previstos en el ordenamiento*; b) *cumplir con la exigencia de que se declare ilegítimo y deje sin efecto el acto jurisdiccional que da origen al daño y*; c) *haber determinado la naturaleza y gravedad del error judicial* (Cerdea, 2008, p.27).

Los requerimientos reseñados precedentemente, tienen su fundamento en los atributos y en el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y mediante la cual se impide –como principio– determinar la existencia de un error ya que lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, toda vez que la acción incoada por daños y perjuicios constituiría un recurso contrario a un pronunciamiento firme, no previsto por la ley (Cerdea, 2008).

La posición de la CSJN constituye uno de los avances o progresos más significativos morigerando los alcances de la cosa juzgada en lo atinente al juzgamiento de la responsabilidad del Estado por error judicial en el ámbito cautelar (...) dado que se ha dejado de exigir la remoción de cosa juzgada alguna para poder responsabilizar al Estado por daños derivados de medidas cautelares, siempre que el respectivo auto se revele incuestionablemente infundado, arbitrario o irracional (Cerdea, 2008, p.86).

Ahora bien, respecto a nuestro tema de análisis de la prisión preventiva y su consecuente reparación por *error judicial*, la legislación nacional no escapa a los reclamos instados por los particulares. Tales pretensiones se confirman como precedentes asentados en diversos fallos que han resuelto de manera favorables la petición indemnizatoria.

1.1. Así, el fallo¹⁶ recaído con fecha 01 de junio de 2007 en causa N° 525 caratulada "**Retamozo Mariano Adrian c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria**", como consecuencia del auto de prisión preventiva se entabla reclamo por el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos por el actor en virtud de la

¹⁶ JUZG. CONT. ADM. N°1 de La Plata. Retamozo Mariano Adrian c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. <http://institutoderechopenal.blogspot.mx/2007/06/ordenan-indemnizar-un-detenido-en.html>

privación de su libertad ambulatoria por el lapso de dos años, cuatro meses y dieciséis días que, a la postre, concluye con la absolución del imputado.

Así las cosas y no existiendo duda alguna que el sentenciado padeció la obligación de soportar un sacrificio especial que la comunidad –representada por el Estado– insta reclamo judicial que culmina con el pronunciamiento del Juzgado en lo Contencioso Administrativo de La Plata que resolvió favorable la pretensión incoada respecto a la obligación estatal de indemnizar la pena privativa impuesta al actor.

El fundamento¹⁷ del caso en marras, esgrimido por el juez Luis Federico Arias, titular del Juzgado N°1 en lo Contencioso Administrativo de La Plata, versa sobre el principio de inocencia el cual prevalece por sobre el deber de administrar justicia que legítimamente ejerció el Estado–juez en el proceso respectivo. Sostuvo el magistrado que la no reparación del perjuicio provocado por la privación de la libertad de una persona inocente –en sentido amplio: beneficio de la duda, aplicación de la ley más benigna, falta de mérito o de pruebas– tornaría ilegítima a la prisión preventiva por inconstitucionalidad sobreviniente, toda vez que se admitiría la restricción del derecho a la libertad respecto de quién no recae la obligación de soportar el daño, según los propios términos de la decisión judicial que le resultó favorable

El juez Arias tuvo en cuenta el exceso temporal de la prisión preventiva, esto es, del plazo de dos años previsto por Código Procesal Penal. En este aspecto, sostuvo que correspondía aplicar también los principios de la responsabilidad aquiliana del Estado, sin que sea oponible a su procedencia la presumible conformidad que prestó el imputado con el auto de prisión preventiva, toda vez que la falta de impugnación de la medida preventiva no implica consentir la causa de la detención.

En razón de lo comentado, el magistrado hizo lugar a la acción contencioso administrativa promovida por Mariano Adrián Retamozo, condenando a la Provincia de Buenos Aires a indemnizarlo por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de la prisión preventiva dictada en su contra. Por lo tanto, en el caso de marras podemos advertir que la reparación por los daños y perjuicios deviene inexcusable para el orden jurídico constitucional y supranacional.

¹⁷ Véase: Diario Judicial, edición online de fecha 26 de junio de 2007 en <http://www.martindiegopirota.com.ar/articulos02/Responsabilidad%20del%20Estado%20%28evoluci%C3%B3n%20y%20etapas%29.pdf>

1.2. Con similar criterio resolutorio se pronunció el fallo¹⁸ en la causa “**Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional-Ministerio de Justicia y otro s/daños y perjuicios varios**”, por el cual el imputado reclamó la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de haberse iniciado un proceso penal en su contra, producto de una denuncia maliciosa que determinó su detención y el dictado de una arbitraria e ilegítima prisión preventiva. Asimismo reclama la ilegítima prolongación de la medida coactiva por más de cuatro años. Sustentó la pretensión indemnizatoria en el art. 1112 del Código Civil y en la doctrina de la falta de servicio.

Por su parte, el juez de primera instancia descartó que en el caso se pudiera responsabilizar al Estado por su actuación ilegítima, ya que el acto jurisdiccional que había producido el daño no había sido dejado sin efecto y declarado ilegítimo; por el contrario, consideró que la detención del actor a partir del segundo año de su prisión, al haber excedido un plazo prudencial, responsabilizaba al Estado a la reparación pretendida por su actuar legítimo. Con dicha sentencia se procura evitar que el tiempo provoque injusticias por decisiones tardías o prematuras, más aún si lo que está en juego es la libertad de una persona.

1.3. Por su parte en el caso¹⁹ de “**Lema, Jorge Héctor c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios**”, acaecido el arresto el 20 de marzo de 1996 por el supuesto delito de tráfico de estupefacientes permaneciendo con prisión preventiva por el lapso de nueve meses para luego ser absuelto de la causa. Inicia reclamo contra el Estado nacional por la medida coercitiva y contra la provincia de Buenos Aires por la privación ilegítima de su libertad por parte de los efectivos policiales de esta provincia en el ejercicio irregular de su función.

El 20 de marzo de 2003 la CSJN desestima el reclamo contra el Estado pero responsabiliza a la provincia por privar de libertad a Lema mediante el ilegal proceder

¹⁸ CSJN R. 258. XXXIII. R.O. Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y otro s/ daños y perjuicios varios en <http://todosobrelacorte.files.wordpress.com/2010/04/rosa-322-2683-1999.pdf>

¹⁹ CSJN, Lema, Jorge Héctor c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos32125.pdf>

policial, otorgando la indemnización pretendida por el actor, toda vez que, resulta procedente el reclamo en concepto de daño moral, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso.

Asimismo, sostuvo que a los fines de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste. En el caso en cuestión, el juez Vásquez consideró como indudable que la prolongada e injusta detención que sufrió Lema le causó una innegable lesión de esta índole.

El fundamento del fallo en cuestión, respecto a la indemnización otorgada obedece a que la responsabilidad que se endilga al Estado provincial, cabe reconocerla toda vez que ha quedado acreditado suficientemente, el cumplimiento irregular del servicio por parte del personal de la policía provincial que tuvo a su cargo las investigaciones que concluyeron con la imputación a Lema del delito de tráfico de estupefacientes.

Dichas irregularidades ordenaron llevar adelante una severa investigación de los posibles delitos de acción pública, apremios ilegales y falso testimonio por parte del personal policial que surgen claramente del contenido del fallo en mención.

1.4. En nuestra provincia contamos con el precedente del fallo²⁰ **“Allende Martínez, Pablo Felipe c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba y otros - ordinario - daños y perjuicios”**. El actor fue detenido en abril de 1999 y liberado en agosto de 2000, tras dictarse su absolución ante la Cámara 3ª Civil y Comercial de Córdoba y la que condenó al Superior Gobierno de la provincia al pago de la indemnización pretendida. Contra del criterio que mantienen tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el Tribunal Superior de Justicia, la Cámara estableció que resultaba irrelevante que no se haya demostrado que existiera alguna irregularidad, ilegalidad o arbitrariedad en el proceso, ya no se trataba en el caso de poner en cuestión la legitimidad ni el acierto de la decisión que adoptó el juez de la causa penal, sino de

²⁰ CÁM. 3ª CIV. Y COM. de Córdoba, Allende Martínez, Pablo Felipe c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba y otros - ordinario - daños y perjuicios. <http://comercioyjusticia.info/blog/justicia/indemnizan-a-contador-por-el-caso-del-banco-social/>

reparar el daño que la medida ocasionó al justiciable que, aunque fue legalmente adoptada y con razones fundadas, a la postre se evidenció inmerecida para el afectado.

De lo reseñado, podemos decir que, en materia jurisprudencial la mayoría de la doctrina sostiene que la responsabilidad por *error judicial* es excepcional. Así, nuestra doctrina a fundamentado tal excepcionalidad expresando que:

En toda comunidad jurídicamente organizada, todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable. Este deber se concreta, muchas veces, en el sacrificio que tiene que aceptar todo particular –sin indemnización– de soportar los daños que le provoca el sometimiento al proceso, hasta tanto obtenga una sentencia que haga lugar a su pretensión. Ello constituye un principio general del Derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general, que es la especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el todo social (Cassagne, 2002, p. 523).

Lo antedicho no implica un continuo reproche contra el Estado orientado a la indemnización de manera desenfrenada y abusiva como consecuencia de los actos de los justiciables, sino que se orienta a la búsqueda de un sistema que esté encaminado a consolidar la justicia con el orden jurídico imperante (Agüero, 1995).

De lo comentado podemos referir que *“lo importante es que exista la posibilidad de probar el error en que se ha incurrido, cuya consecuencia ha sido el perjuicio, lo contrario implicaría admitir que aunque se reconozca la existencia de resoluciones erróneas, las mismas resulten inmutables, privando de la correspondiente indemnización por los daños causados”*(Agüero, 1995, p. 95).

Afirma con acierto el jurista argentino Fernando Sagarna²¹ que: “El Estado no puede exculparse de responsabilidad amparándose en que actuó deteniendo a una persona bajo el cumplimiento del deber de administrar justicia y de velar por la seguridad de todos. Si se administra justicia, debe hacerse sin perjudicar los derechos esenciales de nadie. La administración de justicia y la seguridad de la sociedad no pueden ser excusas para cercenarle a alguien un derecho fundamental como la libertad. De lo que se trata es

²¹ Véase : Sagarna, F. A., La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas, LL 30-10-96, pág. 3.

de conciliar la necesidad de la detención, que es un derecho del Estado, con la libertad individual y el derecho a la reparación, que es un derecho del particular”.

1.5. Por su parte, en la sentencia²² casada en autos caratulados "**E. C. S. c/Estado provincial s/ sumario**" de fecha 4/8/10, mediante la cual se radicó el reclamo de daños y perjuicios basados en el error judicial por cuanto el actor estuvo privado de su libertad ambulatoria por casi un año acusado del delito de homicidio siendo posteriormente absuelto por falta de pruebas y arbitrariedad; sentenciando al único testigo de la causa por falso testimonio. En este caso, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, se expresó sosteniendo que los daños por prisión preventiva deben ser soportados, salvo que sean producto de un ejercicio irregular del servicio que importen error inexcusable o dolo, de ésta manera concluyó como procedente la indemnización reclamada por el actor.

En la casación de marras se sostuvo que, para responsabilizar al Estado del daño causado al absuelto que padeció prisión preventiva, es necesario que la liberación del encartado haya sido fundada en la manifiesta inocencia y que la restricción de la libertad locomotiva se muestre como incuestionablemente arbitraria e infundada. Si bien los actos judiciales son ajenos en principio por su naturaleza a este tipo de resarcimientos, doctrina y jurisprudencia han sostenido la responsabilidad del Estado por actos lícitos a los fines de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de igualdad y la propiedad.

Cabe remarcar que, la prisión preventiva instrumentada como herramienta del Estado para la defensa social ante el delito puede ser válidamente atribuida a quien en definitiva y a la postre se demuestre que no fue su autor. Así las cosas, el derecho que tiene el damnificado a ser resarcido se fundamenta en el principio de la llamada fuerza expansiva de la expropiación, toda vez que, al imputado se lo ha "expropiado" de su libertad ambulatoria para contribuir a la seguridad común, y en fundamento de ello debe ser indemnizado atento el dictado de la sentencia absolutoria.

De lo referido en el presente capítulo podemos concluir que todo ser humano goza de la protección y garantía constitucional en cuanto al principio de inocencia que nos

²² Véase : <http://www.iestudiospenales.com.ar/procesal-penal/medidas-de-coercion/jurisprudencia-nacional/1249-la-sentencia-absolutoria-por-falta-de-respaldo-probatorio-no-lleva-a-la-automatica-invalidez-del-acto-que-determinara-la-medida-cautelar-.html>

embiste ante la sindicación de un hecho delictivo. Así, el Estado debe ser garante de dicho principio fundamental que nos asiste y más aún teniendo presente los pactos con jerarquía constitucional que limitan el poder punitivo estatal.

A la sazón, de imponerse con arbitrariedad la medida restrictiva de libertad, proporcionará motivo suficiente para entablar el correspondiente reclamo indemnizatorio en sede judicial.

Capítulo VI

Derecho comparado y Pactos internacionales.

1. El derecho a la libertad durante el proceso. Reseña histórica.

En el presente capítulo se esbozaran breves precedentes que fundamentan el derecho al debido proceso que debe respetarse a todo individuo sospechado de incurrir en un hecho delictivo.

Asimismo se reflejaran aquellas garantías que le asisten a toda persona a permanecer en libertad durante la etapa procesal, salvo –como se ha explicado a lo largo de este trabajo– que existan indicios contundentes para revertir ésta situación con una medida coercitiva como el encarcelamiento que limita, justamente, la libertad locomotiva.

2. Derecho comparado

2.1. Carta Magna Inglesa del año 1215.

En la nota de referencia de humanrights²³ se sostiene que luego de que el rey Juan de Inglaterra violara un número de leyes y tradiciones antiguas con que se había gobernado Inglaterra, sus súbditos lo forzaron a firmar la Carta Magna, la cual enumera lo que después vino a ser considerado como los derechos humanos.

Es considerada ampliamente como uno de los documentos legales más importantes en el desarrollo de la democracia moderna, la Carta Magna fue un punto de cambio crucial en la lucha para establecer la libertad. Se destaca el siguiente precepto legal:

Artículo 39²⁴: Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

Por su parte, Miguel Satrústegui Gil-Delgado²⁵ comenta que esta cláusula debe su fama la Magna Carta. Lo que este texto consagra es la doble garantía del “*iudicium parium suorum*” y de la “*lex terrae*”. Lo primero significa el juicio por jurados y excluía que nadie pudiera ser condenado por un tribunal o una comisión especial dependiente del Rey.

²³ Véase : <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta.html>

²⁴ Véase : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

²⁵ Véase : <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/download/232/205>.

La segunda exigencia, alternativa o complementaria de la anterior (según se interpretara la conjunción disyuntiva que las enlaza en el texto) consiste en que el juicio se haga “conforme a las leyes del país”. Se trata sin duda de un requisito ambiguo, que llegó a ser entendido a veces como equivalente al primero. Sin embargo, a la postre, prevaleció una interpretación de la “lex terrae” como una garantía de contenido más amplio, como el derecho al debido proceso legal (“*due process of law*”), es decir, el derecho a la legalidad procesal en todos sus aspectos o el derecho a un juicio justo.

2.2. Declaración francesa²⁶ de 1789.

La Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano de 1789, inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII, marca el fin del Antiguo Régimen y el principio de una nueva era.

Artículo 4: La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 7: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Artículo 8: La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Artículo 9: Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

²⁶ Véase: <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

2.3. Constitución de México²⁷ de 1917.

Seguidamente se exponen los artículos de referencia al estado de libertad que garantiza la Constitución Política de los Estados Mexicanos:

Artículo 14: A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Artículo 18: Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Artículo 19: Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

Artículo 20: En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

Artículo 20 inc. I-. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

²⁷ Véase: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>

Artículo 20 inc. X-. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

3. Pactos internacionales. Referencias.

Definidos como aquellos pactos orientados al “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, actúan como modelo para medir la conducta de los Estados. Sus contenidos enumeran los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, a la par que sus disposiciones son consideradas normas de derecho consuetudinario internacional debido a su amplia aceptación por los Estados parte.

3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸

Esta Declaración fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Es una medida que sirve para evaluar el grado de respeto hacia los estándares de derechos humanos y libertades fundamentales. Manifiesta un entendimiento común de los pueblos del mundo en todo lo concerniente a los derechos humanos inalienables e inviolables de todos los miembros de la familia humana y constituye una obligación para los miembros de la comunidad internacional.

La Declaración está compuesta por 30 artículos referidos tanto de los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales; y que pertenecen a todas las personas, sin discriminación alguna. Mencionaremos los relevantes a los fines de nuestra propuesta:

Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”.

²⁸ Véase: <http://www.pdhre.org/conventionsum/udhr-sp.html>

Artículo 11: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada.

Artículo 13: Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Artículo 14: En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.

En el año 1966 la Declaración referida convirtió sus principios en tratados internacionales respecto a sus derechos enunciados, surgiendo de esta manera el tratado de derechos civiles y políticos y el tratado de los derechos económicos, sociales y culturales, ambos orientados a la protección de determinados derechos.

3.2. **Convención Americana de Derechos Humanos**²⁹

Fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por nuestra República mediante la ley 23.054. Son relevantes, a los fines de nuestro estudio, los siguientes artículos:

Artículo 7. -(Derecho a la libertad personal).

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

²⁹ Véase: <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf>

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto, o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. -(Garantías judiciales).

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor

proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. **-(Principio de legalidad y de retroactividad):** Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. **-(Derecho a indemnización):** Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰.

Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, entra en vigencia a partir del año 1976 con el lema de que no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a

³⁰ Véase: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm>

menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Se impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece. Son relevantes a nuestro enfoque los siguientes artículos:

Artículo 9 inc.1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Artículo 9 inc.2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

Artículo 9 inc.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Artículo 9 inc.4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Artículo 9 inc.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10 inc.1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 10 inc.2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

Artículo 10 inc.3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

3.4. Declaración Americana de Derechos Humanos³¹.

Promulgada en el año 1978, se destaca del comentario de Fabián Salvioli³², que esta Declaración posee contenido similar respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambos son textos contemporáneos y al momento de sus respectivas adopciones el derecho internacional se encontraba impregnado de un alto contenido eurocentrista y occidental. En su contenido cabe resaltar los siguientes artículos:

Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la

³¹ Véase: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948DeclaracionUniversal.htm?gclid=Cj0KEQjwkIurBRDwoZfi1bGCxocBEiQAmcs-ems1ShXy3PSLswDxXdqTl9shNxVImA7ywun0jJ18eYIaAkxK8P8HAQ>

³² Véase: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>

determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11: 1). Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2). Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

El objetivo de la protección que venimos desarrollando en este apartado, encuentra su fundamento mediante *“el convencimiento de que todos los hombres, por el hecho de serlo y con independencia de sus características raciales, nacionales, creencias y ubicación social, están investidos de derechos fundamentales, los que no pueden ser desconocidos por ningún Estado”* (Vázquez Rossi, 1996, p. 66).

La protección de los derechos consagrados posibilita su adopción como ley sin la necesidad de textos que la regulen y a través del cual el hombre por el hecho de su condición humana es el titular de la pretensión a la tutela jurídica por parte del Estado, siendo además acreedor de legitimación para presentar quejas o denuncias en caso de violación de las normas garantistas de los pactos y tratados internacionales (Vázquez Rossi, 1996).

Respecto a la interpretación de los tratados por parte de los magistrados y tomando como cita la publicación de Infojus³³ podemos plasmar que: desde el momento en que un Estado ratificó la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato estatal, quedan sometidos a ella, debiendo evitar que sus disposiciones se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, ejerciendo un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la internacional considerando no solamente el

³³ Véase : Infojus en <http://www.infojus.gob.ar/pacto-san-jose-costa-rica-corte-interamericana-derechos-humanos-ratificacion-tratados-internacionales-obligaciones-estado-miembro-control-convencionalidad-interpretacion-tratados-internacionales-deberes-juez-suin000554/123456789-0abc-defg4550-00nisoiramus>

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana como intérprete última de la Convención.

Como podemos observar, las declaraciones y pactos, a lo largo de nuestra historia, han registrado un expreso reconocimiento respecto las garantías fundamentales o derechos humanos, y donde su efectividad va a depender de lo que cada país hagan en base al acatamiento del precepto legal que tiene como finalidad la realización de un sistema garantista (Vázquez Rossi, 1996).

CONCLUSION

Dentro de la primera instancia del proceso y en fundamento de un interés social, la privación preventiva de la libertad –como medida excepcional–, conlleva a la pérdida de la libertad ambulatoria. Por ello, nos propusimos responder aquellos entresijos respecto el *deber de soportar* implícito en la medida coercitiva.

Creemos, sin embargo, que a pesar de la excepcionalidad en la medida, pareciera que la regla es el dictado de la prisión preventiva, toda vez que es de común conocimiento que los centros carcelarios se encuentran desbordados de reos que aun esperan en encierro un dictado de sentencia. Es por ello que no se erra cuando se sostiene que la medida coercitiva funciona como una pena anticipada, más allá y en el mejor de los casos, que luego se dicte el sobreseimiento o absolución.

Por otro costado, observamos que la pena anticipada, coarta las garantías individuales que goza todo individuo sometido a proceso como es el supuesto del principio de inocencia, del debido proceso, de la defensa en juicio, entre otros. Es decir, que la prisión preventiva dictada de manera arbitraria, destruye los principios que nos amparan con el beneficio de la duda ante el enrostre de un hecho delictivo.

Entonces, la función de la prisión preventiva es por antonomasia resguardar la salud del proceso y la posibilidad de que se aplique la ley penal sustantiva, en el caso que corresponda. Esta medida de coerción se ha transformando con el tiempo en una verdadera pena anticipada que avasalla y se lleva por delante derechos constitucionales fundamentales. Es por todo esto, que la pena privativa se torna un perjuicio irreparable cuando entra en el proceso una persona inocente o que, al menos, goza de tal presunción.

Como hemos dicho, se evidencia que la pena de prisión preventiva en lugar de ocupar un carácter excepcional, pareciera que constituye la regla con todos sus efectos perniciosos. De todas maneras es de destacar algunos tibios avances en la consideración de las prisiones preventivas automáticas, basta con observar las directrices del fallo Loyo Fraire –citado en este trabajo– que impuso a nuestro Máximo Tribunal una morigeración en su aplicación.

Así, la pena privativa de libertad que se le achaca a una persona, conlleva muchas veces, a un *error* por parte del órgano judicial que de antemano dicta tan gravosa medida pese a la existencia del amparo supranacional –derecho a la libertad– como asimismo

presupuestos procesales que autorizan *prima facie* a considerar el estado de inocencia de toda persona y su consecuente mantenimiento de libertad durante la etapa del proceso, ya que el imputado no debe ser tratado como culpable hasta tanto una sentencia lo declare como tal.

En razón de lo antedicho y ante la evidencia de un *error judicial* cabe preguntarse ¿es justo el pretendido reclamo?. Consideramos afirmativa la respuesta y más aún, que el resarcimiento obtenido no bastaría para reparar el quiebre psíquico-emocional por el que atraviesa el sujeto que pierde circunstancialmente uno de los más valiosos derechos que tenemos las personas: *la libertad*.

Nuestra consideración, con sustento en lo precedentemente relatado, es favorable al correspondiente reclamo indemnizatorio de la persona privada de libertad por prisión preventiva, recayendo sobre el Estado la responsabilidad por *error judicial o inacción de los jueces ante la demora de un pronunciamiento*, cuando la medida restrictiva ha sido pronunciada de manera arbitraria e infundada.

De esta manera, hemos tenido en miras como enfoque central la correspondiente indemnización que debe reconocerse a toda persona que, por un *error judicial*, ha sido sometida a proceso limitando su libertad ambulatoria mediante el dictado de la prisión privativa y que, a la postre, la sentencia conlleva al sobreseimiento o absolución del encartado.

El cimientto de lo expresado se supedita a que el Estado es responsable por el obrar antijurídicos de sus dependientes, toda vez que, sus actos perjudiquen a los administrados en cualquiera de las esferas de actuación, dando lugar a la respectiva reparación del perjuicio. En el caso de marras, respecto el dictado de prisión preventiva y los excesos que ésta conlleva, ya sea en el tiempo o en el dictado de la misma, no cabe duda alguna que el damnificado goza del derecho a la restauración de aquel estado en el que se hallaba antes de ser víctima del error judicial o de la demora del pronunciamiento.

Abogamos como justo el reclamo incoado por el sujeto que ha sido sometido de manera ilegítima a un proceso judicial, siendo el Estado responsable de reparar el daño ocasionado en razón del mal pronunciamiento de sus jueces, toda vez que, el estado de libertad que goza una persona es un derecho personalísimo que debe ser respetado por los

demás y –en razón de ello–, sólo una medida excepcional y fundamentada legítimamente podría limitarlo.

Consideramos, empero, que el otorgamiento de una reparación pecuniaria de manera alguna podría subsanar la injusticia de quien fue privado de su libertad ya que ningún monto sería capaz de desagraviar la experiencia vivida dentro del servicio penitenciario. En las medidas de coerción personal llevadas adelante dentro del proceso, sin lugar a dudas la prisión preventiva constituye la más gravosa de todas las que el instructor puede tomar.

El dictado de prisión preventiva conlleva a perjudicar no sólo a quien la padece, aun gozando de su derecho de estado de inocencia, sino que abarca –en el derrotero del padecimiento– a sus afectos, entre ellos a su vínculo familiar, amistades, entre otros.

Debemos remarcar nuestra coincidencia ante la necesidad de reforma a nuestro Código, toda vez que, es de conocimiento general que nuestra justicia se encuentra colapsada. Esto repercute en aquellos que ven coartada su libertad por estar sometidos a proceso y a la espera de una audiencia.

En este aspecto se refleja el tema elegido en nuestro trabajo cuando nos referimos a la responsabilidad estatal y la consecuente indemnización por el *error judicial* que conlleva a mantener preso a una persona por largo tiempo, a costas del daño que le ocasiona al damnificado y a su entorno familiar, hasta tanto la lenta justicia se digne a dictar sentencia y en el mejor de los casos el sobreseimiento o la absolución del imputado.

En razón de lo expresado, mantenemos nuestra postura concordante con los puntos de reforma enunciados en el actual Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal y más precisamente a la celeridad de justicia prevista, toda vez que, con la reforma se agilizará el trámite penal y se impondrá severas consecuencias para los encargados de aplicar la ley respecto al plazo que deberán respetar para sus pronunciamientos.

Concluimos este trabajo remarcando que nuestra postura no peca de un excesivo garantismo, toda vez que, creemos en la eficacia de la prisión preventiva con el objetivo de favorecer los fines del proceso pero no utilizando este instituto de manera automática y arbitraria porque terminaría desvirtuando su fin y empobreciendo su valor intrínseco.

Entonces, al coincidir con la aplicabilidad de la medida cautelar, es necesario, empero, aclarar que si bien el encartado está compelido a soportar el proceso, no es menos cierto que deba resignar o renunciar a una pretensión indemnizatoria por el padecimiento sufrido, no de la pena privativa en sí, sino, del daño moral que la medida coercitiva –que luego deviene sobreseída o absolutoria– le ha procurado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALTERINI, A., A. (1995). *La responsabilidad. Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires. Ed. Abeledo–Perrot.
- BIDART CAMPOS, G., J. (2000). *¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad?* (Disquisiciones en torno a la responsabilidad estatal).
Revista de Derecho de Daños N°9, p.227 y ss.. Buenos Aires. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- BECCARIA, C. (1997). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires. Ed. Altaya.
- BUTELER CACERES, J., A. (2001). *Manual de derecho Civil*. Parte general. Córdoba. Ed. Advocatus.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997). *Responsabilidad civil y otros estudios*. Doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires. Ed. Abeledo–Perrot.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. Ed. Abeledo–Perrot.
- CASSAGNE, J., C. (2002). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ed. Abeledo–Perrot.
- CAFFERATA NORES, J., I. y MONTERO, R. (h) (2001). *El Imputado*. Córdoba. Ed. Lerner.
- CAFFERATA NORES, J., I. y TARDITTI, A. (2003). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*. Tomo I. Córdoba. Ed. Mediterránea.

•CAFFERATA NORES, J., I., MONTERO (h), J., VELEZ, V., M., FERRER, C., F., NOVILLO CORVALAN, M., BALCARSE, F., I., HAIRABEDIAN, M., FRASCAROLI, M., S., AROCENA, G., A. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Córdoba. Ed. Advocatus.

•CAFFERATA NORES, J., I. y GRAVIER, T. (2014). *Prisión preventiva. Caso Loyo Fraire*. Córdoba. Ed. Mediterránea.

•CERDA, L., F. (2008). *La responsabilidad del Estado–Juez por actividad ilegítima*. Buenos Aires. Ed. Abeledo– Perrot.

• FLEMING, A. y LÓPEZ VIÑALS, P. (2008). *Garantías del Imputado*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni.

•LÓPEZ HERRERA, E. (2006). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Ed. Abeledo– Perrot.

•NUÑEZ, R., C. (1987). *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Córdoba. Ed. Lerner.

•NUÑEZ, R., C. (1999). *Manual de Derecho penal*. Parte general. Córdoba. Ed. Lerner.

•PIZARRO, D., R. y VALLESPINOS, C., G. (1999). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Tomo II. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

•PIZARRO R., D. y VALLESPINOS C., (2006). *Instituciones del derecho privado*. T.2. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

•SOLER, S. (1945). *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires. Ed. La Ley.

•TAWIL, G. S. (1989). *La responsabilidad de Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires. Ed. Depalma.

•TAYLOR S. J., Y BOGDAN, R. (2000). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Buenos Aires. Ed. Paidós.

•VAZQUEZ ROSSI, J., E. (1996). *La defensa penal*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni.

Jurisprudencia

•JUZG. CONT. ADM. La Plata, “Retamozo, Mariano c Fisco de la Prov. de Buenos Aires”. Recuperado el 04 de febrero de 2015 de <http://institutoderechopenal.blogspot.mx/2007/06/ordenan-indemnizar-un-detenido-en.html>

•CSJN. 258 XXXIII, “Rosa, Carlos A. c/ Estado Nacional y otros”. Recuperado el 11 de marzo de 2015 de <http://todosobrelacorte.files.wordpress.com/2010/04/rosa-322-2683-1999.pdf>

•CSJN. “Lema, Jorge Héctor c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios”. Recuperado el 18 de mayo de 2015 de <https://www.yumpu.com/es/document/view/14531615/responsabilidad-estatal-en-los-casos-de-sobreseimiento-revista->

•CÁM. 3ª CIV. Y COM. de Córdoba, Allende Martínez, Pablo Felipe c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba y otros - ordinario - daños y perjuicios. Recuperado el 13 de abril de 2015 de <http://comercioyjusticia.info/blog/justicia/indemnizan-a-contador-por-el-caso-del-banco-social/>

Legislación nacional y provincial

- Código Penal argentino.
- Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Constitución Nacional Argentina.

Legislación internacional

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto de San José de Costa Rica.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de Derechos Humanos.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21.

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor–Tesisista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Bongiovanni Romero, Julieta.
DNI <i>(del autor-tesisista)</i>	36.539.988
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La responsabilidad civil del Estado por prisión preventiva <i>“La pretensión indemnizatoria como secuela del daño sufrido”</i>
Correo electrónico <i>(del autor-tesisista)</i>	jubongio@outlook.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Empresarial Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p align="center">Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i></p>	<p align="center">SI</p>
<p align="center">Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)</p>	<p align="center">—</p>

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor – Tesista

Aclaración autor – Tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscritas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

