

# **"...hará responsable al juez que la autorice". Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva en todos los casos de absolución o sobreseimiento**

Por: José Luis Said

## SUMARIO [\*]:

I. El fundamento constitucional: a) Pre-texto: la decisión de encarcelar personas; b) El objeto de este trabajo; c) El fundamento constitucional del deber de indemnizar la prisión preventiva lícita.- II. La negativa de la Corte Suprema: a) La negativa a reparar por actividad judicial lícita. Los argumentos de la Corte Suprema. Objeciones: 1. Primer argumento; 2. Objeciones; 3. Segundo argumento; 4. Objeciones; 5. Tercer argumento; 6. Objeción; 7. Cuarto argumento; 8. Objeción: la presunción de inocencia; b) ¿Ser o no ser?.- III. La reparación: a) Propiedad sí, libertad no (actividad lícita, expropiación y prisión preventiva); b) La reparación; c) Todos cobran, menos el reo.- IV. Hacer responsable al juez (Estado) que la autoriza. Post-ludio: síntesis y propuestas: a) De lege lata; b) De lege ferendae

## I. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

### a) Pre-texto: la decisión de encarcelar personas

Liminarmente voy a consignar dos datos: i) según algunas estadísticas, el 63% de las personas privadas de su libertad (en el promedio nacional) por decisión judicial no han sido condenadas. Se encuentran bajo detención preventiva [1]. Son más de 40.000 personas encarceladas que esperan una decisión judicial que los desincrimine y restablezca su libertad o les imponga una condena; b) un informe de la Procuración Penitenciaria da cuenta de que el 63,4% de los presos del Servicio Penitenciario Federal habría sufrido alguna agresión física [2]. Sobre esta realidad trata el tema que consideraré en estas líneas.

Nuestra sociedad, es decir, nosotros decidimos resolver cierto tipo de conflictos confinando en jaulas a numerosas personas [3]. Se trata de una decisión entre otras posibles, más humanas y racionales. Ya hace un siglo Joaquín V. González, al referirse a la "libertad bajo fianza", señalaba: "Nada dice la Constitución respecto de este derecho; pero está en la naturaleza de los que consagra el art. 18, el eximir de la prisión al individuo acusado de un delito, mientras no se dicte la sentencia que lo condena, declarándolo culpable; porque sólo la ley y la sentencia que la aplica pueden privarle de su libertad"[4].

Las condiciones misérrimas e inhumanas en que permanecen quienes son alojados en las cárceles no integran, por lo común, la agenda del debate público o de la opinión publicada.

No obstante el desinterés general, a instancias de determinados actores sociales (públicos y privados) que sí se encuentran comprometidos con la cuestión, la situación de los internos dio lugar a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fundamental importancia (los casos "Verbitsky" [5] y "Lavado" [6]), y aun de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [7]. Es justo recordar que ya existían fallos anteriores de tribunales provinciales en igual sentido [8].

### b) El objeto de este trabajo

La discusión acerca de la validez constitucional de la prisión preventiva (mayoritariamente admitida por la jurisprudencia y la doctrina) excede el cometido de este trabajo. Sólo señalaré que en un reciente libro Gustavo L. Vitale [9] ha desarrollado muy fundadas razones para afirmar su inconstitucionalidad. Y entre quienes no consideran que la prisión preventiva contraría el plexo constitucional, Julio B. J. Maier ha establecido los necesarios fundamentos, limitaciones y procedimientos para que su imposición sea, realmente, una medida de excepción [10].

Tampoco he de considerar los problemas jurídicos -penales y procesales-, político-criminales ni criminológicos referidos a la prisión preventiva (por ejemplo: su eficacia para garantizar los resultados de la investigación judicial, su real función dentro del sistema represivo del Estado, su incidencia en el mayor o menor grado de seguridad que la sociedad y sus gobernantes pretenden lograr mediante su uso y abuso).

Estas líneas se inscriben en el capítulo del Derecho Administrativo referido a la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del Poder Judicial [11].

Los problemas que plantea la indemnización por causa de la prisión preventiva pueden sintetizarse en los siguientes interrogantes: i) ¿se debe indemnizar sólo la actividad ilegítima o también la legítima?; ii) ¿el derecho corresponde sólo a quien es absuelto por inocencia manifiesta o también a quienes fueron absueltos o sobreseídos por otras causas (prescripción, duda, etc.)?; iii) ¿se debe declarar -en la sentencia absolutoria o en otra decisión posterior- la ilegitimidad, el manifiesto error o la falta de fundamentación del auto de prisión preventiva que se dictara en perjuicio del imputado, o ello no resulta necesario? [12]; d) ¿la reparación debe responder a problemas particulares del caso en concreto, o puede fundarse en la situación general de la organización y el servicio de justicia? [13].

No voy a referirme al grupo de casos -vinculados con los interrogantes precedentes- en los que la reparación ya ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Juan Manuel Kees [14] -en un artículo destacable por su minucioso análisis de la cuestión y por sus fundadas opiniones- los sistematiza en cuatro supuestos: i) el error judicial, judicialmente declarado [15]; ii) la prisión preventiva dispuesta como consecuencia de una intervención ilegítima de la policía; iii) la prolongación indebida (excesiva) del encarcelamiento preventivo; y iv) la prisión preventiva dispuesta sin fundamentos suficientes a quien, con el devenir del proceso, se comprueba fehacientemente que no participó en el hecho investigado, o que éste no existió o no era delito.

Este trabajo pretende abordar el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios causados por la prisión preventiva a quien el Estado no logra, finalmente, condenar, cualquiera que sea la causa del sobreseimiento o absolución.

Juan Manuel Kees [16] resalta que la mayoría de la doctrina y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordan el problema de la reparación o indemnización [17] desde una peculiar perspectiva "científica" que no se compromete con las implicancias políticas e ideológicas que la cuestión plantea, pese a tratarse de un tema en el que se confrontan posiciones altamente divergentes en relación con el poder punitivo del Estado y las herramientas de que se vale para ejercerlo [18].

c) El fundamento constitucional del deber de indemnizar la prisión preventiva lícita

No voy a reiterar o reseñar lo que se ha escrito con justeza y justicia para dotar de fundamentos constitucionales a la responsabilidad del Estado-juez en esta materia, ni lo que se ha argumentado -a mi juicio, sin iguales cualidades- para negarla o limitarla [19]. Haré excepción con unos pocos autores.

En primer lugar, con el profesor Carlos A. Ghersi [20], quien publicara una nota a fallo sobre este tema hace ya más de una década, en la que expuso razones más que suficientes para justificar el deber del Estado de reparar pecuniariamente a quien hubiese sufrido una detención preventiva y no fuera, finalmente, condenado. Su lectura resulta insoslayable para quienes pretendan abordar el tema. Por razones elementales de probidad intelectual dejo sentado que sus sensatas reflexiones motivaron las que intento formular yo ahora.

También menciono a Germán J. Bidart Campos [21], quien con su ejemplar claridad contribuyó a encontrar el equilibrio entre la prerrogativa estatal y la garantía del ciudadano.

Las líneas que anteceden y las que siguen pretenden continuar el camino recorrido por estos autores y aportar, en el mismo sentido, otra consideración de orden constitucional.

En verdad este trabajo debería agotarse en cuatro proposiciones:

- el art. 18, CN. hace responsable al juez por la mortificación innecesaria de los detenidos;
- la absolución o sobreseimiento de un detenido demuestra, finalmente, que la prisión preventiva fue una mortificación injustificada;
- el Estado debe responder por los perjuicios ocasionados por la detención preventiva de quienes no son finalmente condenados, sea por actividad lícita o, bajo ciertas circunstancias, por actividad ilegítima; y
- no resulta acorde con la axiología e ideología de la Constitución reparar la afectación de la propiedad por actividad estatal lícita y no hacerlo con las lesiones a la libertad cuando la causa es la actividad judicial igualmente lícita.

Sin embargo, la lógica de un sistema basado en el principio de autoridad de las fuentes, de la que hablaba Norberto Bobbio, me impone mayores y mejores desarrollos.

La Constitución histórica de nuestra Nación (art. 18) estableció, en relación con las cárceles, las condiciones de salubridad que deben guardar (sanas y limpias) y su función (seguridad y no castigo); y agregó la siguiente cláusula: "...toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos [a los reos], más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Entre los antecedentes de Derecho patrio de esa disposición, cabe recordar que el Reglamento de la Junta Conservadora, dictado en 1811, ya establecía en su art. 3, secc. 3ª que "El Poder Judicial será responsable del menor atentado que cometa en la sustancia o en el modo contra la libertad y seguridad de los súbditos"; también el Estatuto Provisional sancionado por la Junta de Observación el 5/5/1815 en su art. XVII, cap. I de la secc. VII expresaba una idea semejante: "Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, deberá ser corregida por los juzgados y tribunales superiores, indemnizando a los agraviados de los males que hayan sufrido por el abuso" [22].

Según lo expresa Abelardo Levaggi, "Salvo la exigencia de que sean `sanas y limpias', de clara filiación iluminista, y que figuró por primera vez en el decreto de seguridad individual del 23/11/1811, el resto, sobre todo la expresión `para seguridad y no para castigo', es de origen romano, llegando al Derecho argentino de la mano de las Partidas de Alfonso el Sabio. Decía el Digesto, con Ulpiano, que `la cárcel debe ser tenida para custodiar a los hombres, no para castigarlos' (48.19.8.9), y tradujeron las Partidas que `la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, hasta que sean juzgados' (7.31.4)" [23].

La impronta iluminista de tales precedentes se advierte al cotejar esas disposiciones con el art. 9, Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, proclamada el 26/8/1789 por la Asamblea Nacional de Francia, que expresa: "Al presumirse que todo hombre es inocente en tanto no haya sido declarado culpable, si se estimara indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

Me parece importante advertir que el texto constitucional de 1853 sustituyó la referencia de tipo subjetiva (la "malicia" en la disposición de las medidas precautorias), que consignaba la regla de 1815, por otra de carácter objetivo-instrumental, la "exigencia" de tales medidas; en un sentido acorde con el de la declaración francesa.

Eugenio R. Zaffaroni explica que en su origen la expresión constitucional "cárceles de la Nación" no se refería a los condenados, sino precisamente a las personas sometidas a proceso; y, en igual sentido, Abelardo Levaggi demuestra con base en los antecedentes de la disposición constitucional que ella tuvo en miras "ratificar el concepto de cárcel-custodia", sin desconocer también "la función penal" que ya estaba en práctica al sancionarse la Constitución de 1853 [24]. Nada justificaría, entonces, en el plano de la responsabilidad patrimonial del Estado, apartarse de ese sentido.

El texto constitucional no parece censurar cualquier medida mortificante, sino sólo aquellas que exceden las exigencias de precaución. Así, el Estado quedaría a salvo del deber reparar en casos de "arresto", debidamente dispuesto y acotado a los límites en que él puede operar (cuestión sobre la que volveré más adelante en este trabajo).

Lo que me parece de toda evidencia es que una vez dispuesta la absolución o el sobreseimiento de una persona a quien el Estado mantuvo privado de su libertad por meses o años, la decisión judicial misma de haber ordenado la detención preventiva de una persona puede ser considerada la medida precautoria mortificante que habilita la responsabilidad patrimonial del Estado. Si él dispone, por un lado, mantener privado de su libertad durante meses o años a un ser humano sin que exista una condena previa, y, por otro, no logra demostrar su culpabilidad, y si es el mismo Estado quien decide qué recursos humanos, materiales y normativos [25] aplicar para investigar y sancionar la comisión de los hechos que se denuncian o persiguen de oficio, es posible exigirle que asuma la responsabilidad, constitucionalmente impuesta, de reparar o indemnizar a quienes resultaron víctimas de sus decisiones. Decisiones éstas que afectaron la libertad de personas y que no resultaron beneficiosas para la sociedad, pues ningún beneficio para la comunidad puede concebirse del hecho de privar de su libertad a personas inocentes [26].

Aunque no es dable considerar que en su origen el constituyente pretendiera fijar otro supuesto de responsabilidad del Estado (junto con la indemnización por la liberación de esclavos -art. 15- y con la indemnización previa a la expropiación -art. 17-) [27], es posible afirmar hoy, sobre la base de una interpretación dinámica de la Constitución, que estamos en presencia de otra disposición fundamental referida a la responsabilidad del Estado (el juez como órgano).

La Corte Suprema aplicó el fundamento constitucional que desarrollo en estas líneas para justificar la responsabilidad patrimonial del Estado por actividad ilícita en "Badín, Rubén y otros v. Provincia de Buenos Aires" [28]. Se trata de un caso en que se demandaron daños y perjuicios por la muerte de Rubén Badín y Roque A. Ruiz Antonio E. Canteros - quienes cumplían condenas en un establecimiento carcelario de la provincia de Buenos Aires- a causa de un incendio producido por la irregular prestación del servicio penitenciario y agravado por las denigrantes condiciones de alojamiento de los internos.

El más alto tribunal afirmó lo siguiente: "...3. Que resulta necesario recordar, a los fines de la solución del caso, que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida `que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija' (art. 18, CN.). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país, ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación con los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva [énfasis agregado] la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral".

Bajo estas premisas la Corte admitió la responsabilidad patrimonial de la provincia de Buenos Aires, "toda vez que la notoria falta de cumplimiento de los fines constitucionales y las obligaciones que generan, imponen la obligación de reparar el daño (Fallos 306:2030 y otros)" -sin destacado en el texto original-.

La sentencia también expresa: "La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario... 9. Que estas dolorosas comprobaciones, que es deber del tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quien fue jefe de la Unidad de Olmos. Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa. Por otro lado, las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5, inc. 2, CADH.)" (sin destacados en el texto transcrito).

Si bien, a la letra, el art. 18 hace específica mención a la responsabilidad del juez, no es del caso -a esta altura de la evolución de los criterios de imputación- abundar en citas jurisprudenciales, legales y doctrinarias para dar por sentado que la teoría del órgano permite afirmar, como lo hizo la Corte en el fallo "Badín", la consecuente responsabilidad directa del Estado por la mortificación precautoria de las personas detenidas en la cárceles, sobre la base del art. 18, CN. Aunque resulta claro, también, que los términos de la sentencia fundan la responsabilidad del Estado por causa un obrar ilegítimo.

Por mi parte, creo que es posible dar un paso más, y sobre la misma disposición constitucional, fundar la responsabilidad también por la actividad lícita consistente en disponer la prisión preventiva de quienes no resultan condenados y mantuvieron, finalmente, en pie la presunción de inocencia que la Constitución Nacional garantiza.

Enfatizo el permanente carácter de inocente de quienes resultaron encarcelados cautelarmente, y recuerdo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [29] ha señalado que "el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa" [30]. Es claro que quien no es condenado fue y sigue siendo inocente.

La inexigencia de demostrar la propia inocencia no resulta aplicable sólo al proceso penal, sino también al juicio en que se reclame del Estado la reparación económica correspondiente. Sin embargo, cuando la decisión judicial dictada en sede penal deja dudas sobre esa inocencia y desincrimina al enjuiciado por aplicación del *in dubio pro reo*, la sociedad no parece quedarse tranquila, y en muchos casos sospecha de las razones y justicia de esa absolución. En ese sentido, Juan Manuel Kees cita a Francesco Carrara cuando expresa que "Mientras el *seco 'no'* de los jurados deje incierto si en un individuo, en vez de un inocente perseguido, se esconde un culpable afortunado, la conciencia pública no aceptará de buen grado el ver que se trata de enriquecerlo con una indemnización de daños" [31].

En forma elocuente Cafferata Nores y Hairabedián expresan, al considerar el tema de este trabajo, que "...la jurisprudencia no puede crear 'categorías' de inocentes donde el sistema legal no lo hace... No hay en las normas fundamentales 'inocentes del todo', 'semiinocentes', 'inocentes más o menos', 'casi culpables'" [32].

## II. LA NEGATIVA DE LA CORTE SUPREMA

### a) La negativa a reparar por actividad judicial lícita. Los argumentos de la Corte Suprema. Objeciones

La posición de la Corte Suprema hasta hace pocos años fue tradicionalmente negativa a la indemnización de los daños que ocasiona la prisión preventiva, sea que se la considere actividad lícita o ilícita del Estado. La única excepción se presentaba en aquellos casos en los que tras la revisión de la sentencia condenatoria se acreditaba el error judicial [33]. No me haré cargo del argumento que expresa la necesidad de invalidar la sentencia porque el valor de la cosa juzgada [34] impide responsabilizar al Estado por error -argumento adecuadamente criticado por la doctrina más calificada [35] -, ya que se dirige a considerar los perjuicios ocasionados por la prisión preventiva en el marco de la responsabilidad por obrar ilegítimo del Estado.

Estas reflexiones considerarán el rechazo a admitir la responsabilidad por actividad lícita del Estado, tradicional y actualmente sostenido por la Corte Suprema. Por razones de exposición consideraré, como eje del desarrollo expositivo, los fundamentos expuestos por la Corte en el caso "Balda" [36], ya que allí se expresan las razones de la anterior y del actual criterio del alto tribunal en esta cuestión.

¿Cuáles son las razones en las que la Corte funda esa negativa?

#### 1.- Primer argumento

En "Balda" la mayoría del tribunal [37] afirma que "los actos judiciales son ajenos por su naturaleza al resarcimiento por actividad lícita del Estado", ya que "La doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales, han modelado la responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica", y ellas no reconocen la responsabilidad en el supuesto examinado en este trabajo.

#### 2.- Objeciones

i) El argumento se basa en la "naturaleza" de los actos judiciales, pero los fallos nada expresan al respecto. No surge de los fundamentos de la sentencia en qué consiste la naturaleza de los autos de prisión preventiva -en particular-, ni qué características propias presentan para que impidan atribuir al Estado el deber de reparar los perjuicios ocasionados a quienes son efectivamente detenidos.

A diferencia de lo expresado por la Corte, todo parece indicar que por la naturaleza cautelar de la prisión preventiva es, precisamente, lo que justifica el deber de reparar los perjuicios que ella ocasiona. Como en toda medida cautelar, quien la obtiene (en material penal: el Estado) debe satisfacer los perjuicios que hubiera ocasionado con ella si, finalmente, su pretensión no prospera [38]. Y esto es lo que ocurre cuando la pretensión punitiva no es acogida por una sentencia condenatoria [39].

ii) La referencia a "la doctrina y la jurisprudencia", que no incluye los actos judiciales lícitos entre los actos estatales lesivos de derechos que merezcan ser reparados, constituye un argumento que evoca la autoridad de la propia Corte, y es, en cuanto se refiere a la jurisprudencia como fuente, circular: la Corte no admite reparar porque la jurisprudencia no ha modelado la responsabilidad estatal por la prisión preventiva sufrida por quienes no son condenados (cualquiera sea la causa). Sin embargo, en materia de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia, que finalmente ha perfilado los supuestos y límites de esa materia, en ausencia de normas ha sido la de la propia Corte. De tal forma, el argumento

puede ser leído en el sentido de que la Corte no admite la responsabilidad porque la Corte no ha admitido la responsabilidad [40].

iii) No obstante el valor y el respeto que merecen la tradición y la autoridad de la Corte, el argumento aparece como insuficiente para enmarcar la problemática de la garantía de libertad, sacrificada durante el juicio; de la responsabilidad del Estado de cara al principio "alterum non laedere"; y la jerarquía axiológica de la libertad en relación con la que la Corte reconoce a la propiedad y a la igualdad.

### 3.- Segundo argumento

La jurisprudencia de la Corte agrega una consideración más a las ya transcriptas, que parece contradecir lo que ha expresado, pues afirmaba: "Es que, como esta Corte ha sostenido, cuando esa actividad lícita, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general- esos daños deben ser atendidos". Sin embargo, la Corte efectúa una nueva distinción para retomar su doctrina sobre la irreparabilidad de los perjuicios ocasionados por la prisión preventiva. Afirma: "De tal manera, a la vez que se asegura a las ramas legislativa y ejecutiva la gerencia discrecional del bien común, se tutelan adecuadamente los derechos de quienes sufren algún perjuicio con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales que integran su zona de reserva (Fallos 301:403). En cambio, como es notorio, dichos fundamentos no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales, que no pueden generar responsabilidad de tal índole, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular" [41].

### 4.- Objeciones

i) No parece dudoso que si se admite la constitucionalidad y legalidad de la prisión preventiva, ella constituye un supuesto de actividad lícita del Estado que atiende a garantizar la investigación judicial de un hecho denunciado como delito o a evitar la fuga de su presunto autor (lato sensu). Se trata, desde esa perspectiva, de intereses colectivos a los que el Poder Judicial debe servir mediante una actividad que ocasiona perjuicios en la libertad, propiedad, relaciones familiares, etc., de quienes son encarcelados. Concurrirían, entonces, las notas que la Corte establece para que "esos daños deb[a]n ser atendidos", como expresa la sentencia.

ii) En tanto el Poder Judicial integra el "gobierno federal" [42], la investigación de los delitos debería considerarse un "objetivo gubernamental", y las decisiones judiciales dictadas para cumplir ese cometido tenderían a la satisfacción de bien común.

La decisión de encarcelar personas durante la investigación y persecución de los delitos por los órganos estatales responde a una medida de política gubernativa (establecida en las leyes que regulan la persecución penal) dirigida a atender un interés social o comunitario, según lo interpreta el Poder Legislativo en el ámbito de su competencia [43]. La resolución que dispone la prisión preventiva del imputado no es un acto que resuelve un conflicto en particular. El conflicto entre el particular y el Estado sólo se resuelve con la sentencia (condenatoria o absolutoria).

Así interpretado el problema de la persecución penal, las razones por las que Corte admite que se indemnice por los perjuicios causados por "las medidas políticas, económicas o de otro tipo" ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales son igualmente aplicables a las decisiones judiciales también dirigidas a cumplir con tales objetivos.

### 5.- Tercer argumento

Finalmente, la Corte agrega que "Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son costo inevitable de una adecuada administración de justicia".

### 6.- Objeción

El carácter inevitable que la Corte señala en los daños a la libertad, la integridad, la honra, la familia, la identidad, la propiedad, etc., que el Estado ocasiona a un ser humano al disponer coactivamente su detención preventiva, no permite inferir que ellos deban ser considerados "irreparables" pecuniariamente.

En no pocos casos la Corte ha admitido que las inevitables decisiones de los poderes públicos sean adecuadamente resarcidas, para preservar la constitucionalidad del obrar estatal. La reparación distribuye en la comunidad la cuota de sacrificio que a cada uno le corresponde para compensar el sacrificio especial que ha afectado a sólo una persona en beneficio de todos. En tal sentido, la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sostuvo: "En consecuencia, si la limitación a la libertad personal ocurre en nombre y beneficio de un interés general, es racional y justo que esa misma generalidad le reconozca, a quien fue declarado absuelto, una indemnización por haber sufrido una lesión que no estaba obligada a soportar, independientemente de su duración" [44].

#### 7.- Cuarto argumento

La posición minoritaria de los jueces Belluscio, Petracchi y Fayt en "Balda" es la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración [45]. Ella puede describirse en tres pasos:

Paso 1: la Corte establece la regla que aplica en esta materia: "...la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución".

Paso 2: señala la excepción en que la reparación sería admisible: "...únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario".

Paso 3: aclara que no cabe aplicar la excepción (es decir, retoma la regla de la irresponsabilidad): "...cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo obviamente, dada la etapa del proceso en el que aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor".

#### 8.- Objeción: la presunción de inocencia

No resulta clara la compatibilidad de los argumentos con el principio de inocencia, cuya raíz en la Constitución Nacional y en ciertos tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22 no merece mayor desarrollo. La exposición de argumentos referidos a esta cuestión no se encuentra en los fallos de la Corte Suprema. Tampoco, la justificación racional que le permite dar a la presunción de inocencia consecuencias distintas en el ámbito penal y en el de la responsabilidad pública. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con base en los aparts. 2 y 3 del art. 6, CEDH., ha reputado contrarias al principio de inocencia las sospechas referidas a la responsabilidad penal de las personas, que sólo son concebibles mientras se mantengan abiertos los cauces y trámites de un proceso penal, pero no tras un pronunciamiento absolutorio firme [46].

Al parecer, en la posición de la Corte la presunción de inocencia -no desvirtuada por el Estado a lo largo de un proceso penal en el que se dispuso el encarcelamiento preventivo- es razón suficiente para que los jueces no puedan condenar a una persona, pero ella no basta para justificar la obligación del Estado de indemnizar el daño causado por la privación de su libertad. La distinción entre las razones de la absolución, aplicada para decidir la procedencia o improcedencia de la indemnización, ha sido considerada "totalmente violatoria de la presunción de inocencia" por la doctrina nacional y extranjera [47].

Bajo la consideración que en particular he efectuado de los distintos fundamentos que expresan los fallos de la Corte (en su anterior y en su actual integración) subyace mi inquietud, más que por los aspectos técnicos en que el tribunal funda sus decisiones, por la forma en que se resuelven los aspectos axiológicos constitucionales que la cuestión plantea.

#### b) ¿Ser o no ser?

En los casos "P. R. v. Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires" [48] y "Quiroz Franco, Miguel Á. y otros v. Provincia de Mendoza s/daños y perjuicios" [49] la mayoría de la Corte adoptó el criterio negativo a la reparación que hemos mencionado. El voto particular del juez Ricardo Lorenzetti plantea un agregado significativo, que abre un resquicio en la doctrina restrictiva del tribunal.

El magistrado admite que la responsabilidad estatal por la prisión preventiva es igualmente aplicable "en supuestos - como el del sub lite- de absolución fundada en la aplicación del principio del beneficio de la duda (art. 3, CPCCN.), pero sin que quepa hacer generalizaciones sobre el particular, correspondiendo atender a las circunstancias propias de cada caso" (sin destacado en el texto transcripto).

A continuación, con cita del Tribunal Supremo del Reino de España, el juez Lorenzetti efectúa una distinción con relación al objeto sobre el que recae la duda: "...para decidir si se está ante los supuestos que generan derecho a

indemnización por haber sufrido prisión preventiva, se ha de atender al auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal... sólo de su examen conjunto es posible obtener la conclusión de si se está ante una absolución o auto de sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado (bien por no haber acaecido o por no ser constitutivo de infracción punible) o por ausencia acreditada de participación, o, por el contrario, ante una sentencia absolutoria en virtud del principio de presunción de inocencia por falta de pruebas, pues de la concurrencia de uno u otro supuesto, ambos diferenciados en sus requisitos y en su significado jurídico, depende, respectivamente, la existencia o no de responsabilidad estatal (recurso 4712/1995, sent. del 28/9/1999, que quedó firme por auto dictado por la Corte Constitucional española n. 220/2001, del 18/7/2001)" [50].

La cita del fallo español parece limitar (y con ello, devolvemos al criterio vigente en la Corte) la posibilidad de indemnizar en caso de absolución por el beneficio de la duda. El tribunal extranjero sólo admite la responsabilidad: i) por inexistencia del hecho; ii) por no constituir delito; y iii) por "ausencia acreditada de participación". Me detengo en este último supuesto. Se pide que quede demostrada la ausencia de participación. En cambio, si median dudas respecto de la intervención del imputado en el hecho, rechaza la responsabilidad del Estado. La cita jurisprudencial coincide con la posición que, en su momento, habían sostenido, con matices diferenciales, los votos de los jueces Petracchi y Belluscio y el voto del juez Bossert en la causa "López" [51].

La primera afirmación (que la responsabilidad es viable "en supuestos como el del sub lite de absolución fundada en la aplicación del principio del beneficio de la duda") es, en apariencia, contradictoria con el criterio del tribunal español ("ausencia acreditada de participación").

Habrá que atender al desarrollo que en futuros fallos efectúe (o no) la Corte de la salvedad formulada por el juez Lorenzetti en cuanto a que en algunos casos, de acuerdo con sus circunstancias particulares, la absolución fundada en el beneficio de la duda pueda justificar el deber de reparar la prisión preventiva sufrida por presuntos inocentes, finalmente absueltos o sobreseídos.

### III. LA REPARACIÓN

#### a) Propiedad sí, libertad no (actividad lícita, expropiación y prisión preventiva)

No voy a ahondar en el instituto expropiatorio. Me limitaré a señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que mediante la expropiación el Estado ejerce un poder jurídico conferido por la Constitución, que impone el sacrificio de un derecho que también se asienta en la norma constitucional. La necesidad de expropiar plantea un conflicto que se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés del particular. Por ello el art. 17, CN. obliga a indemnizar debidamente al expropiado [52]. En definitiva, ese sacrificio es repartido entre toda la comunidad -que se beneficia con el objetivo de la expropiación-, la que, a través del Estado, indemniza a quien pierde un bien propio por causa del bienestar general. De tal forma, el titular del bien ve resguardado su derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que consienta la igualdad ante las cargas públicas [53]. Sobre la base de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la prohibición de la confiscación, la jurisprudencia del alto tribunal elaboró el principio de "justa indemnización" [54].

La Ley de Expropiaciones regula, además de ese instituto constitucional, la "ocupación temporánea normal" como un supuesto indemnizable de afectación de la tenencia de un bien, sin que medie desposesión o desapoderamiento (art. 62, ley 21499), y la "ocupación temporánea anormal" no reparable (arts. 58 a 60, ley 21499).

Partiré de la regulación constitucional y legal de la propiedad para pensar si resulta posible aplicar, analógicamente, sus criterios a la reparación de la prisión preventiva; máxime cuando la libertad, a diferencia de la propiedad, es un derecho irrenunciable. Se podría objetar a la analogía que pretendo efectuar que mediante la prisión preventiva no se produce ninguna transferencia de derechos hacia el Estado, como sí ocurre en la expropiación. Es cierto. Pero no es ése el problema. La cuestión no reside en si el Estado se beneficia con la medida, sino en si la persona se perjudica especial y singularmente por causa del obrar estatal dirigido a cumplir una función que interesa a la sociedad en general [55]. En ese sentido, la Corte Suprema, como lo recuerda en "Balda", ha establecido otros supuestos, además de la expropiación, en los que impone al Estado el deber de reparar por actividad legítima de sus poderes públicos, sobre la base de los principios de "igualdad ante las cargas públicas", "garantía de la propiedad", "alterum non laedere" (arts. 16, 17 y 19, CN.) o sobre los principios del Estado de Derecho.



Si la Corte admite reparar la afectación de la propiedad y la igualdad por la actividad lícita del Estado en determinados supuestos, no parece razonable que se niegue a hacerlo cuando lo que se ha afectado es la libertad por "causa de utilidad pública" autorizada por ley. La decisión de las causas penales en delitos de acción pública no involucra (en nuestro sistema jurídico) un conflicto entre los intereses de dos particulares sino, fundamentalmente, el interés público en perseguir y condenar a los autores de delitos y el de los particulares en no ser detenidos, juzgados ni condenados; en un fenómeno que Eugenio R. Zaffaroni [56] denomina la "expropiación" del conflicto que el Estado efectúa a la víctima.

Carlos A. Ghersi dejó formulado un interrogante que se mantiene vigente y, lamentablemente, sin una buena respuesta: "...cómo es posible que la Corte Nacional haya podido crear la doctrina de la reparación de los actos lícitos que lesionan el patrimonio, conforme a los principios generales del derecho, y ello no sea posible para reparar la dignidad de la persona humana dañada en su máxima expresión: la libertad, ¿no es hora de que la verdadera revolución -la de las ideas- aflore sin medir las consecuencias economicistas o meramente dogmáticas? Seguramente Carnelutti diría sin dudar que es lo menos para humanizar la justicia, devolviendo al ser humano su dignidad mellada" [57].

#### b) La reparación

Situados en el ámbito de la responsabilidad de derecho público [58] por actividad lícita, se trata de un supuesto particular sobre el que no se contaría con reglas jurídicas de derecho público, en el ámbito federal, directamente aplicables para determinar el alcance de la reparación [59]. No voy a ahondar aquí en la denominada "fuerza expansiva del principio expropiatorio", que, luego de Miguel S. Marienhoff [60], Julio R. Comadira [61] tratara con solvencia argumentativa [62].

Aunque este trabajo no pretende dar cuenta de la situación en las jurisdicciones locales, me parece conveniente precisar que en muchas provincias de la Argentina -en ejercicio de una competencia no delegada al gobierno federal y reservada para ellas (art. 121, CN.)- las Constituciones establecen ciertos supuestos de reparación por actividad judicial. Sólo voy a destacar la Constitución de la provincia de Santa Cruz [63], cuyo art. 29 dispone que "Una ley establecerá indemnización para quienes habiendo estado detenidos por más de sesenta días fueran absueltos o sobreseídos definitivamente" [64]. El derecho público provincial muestra que, por lo general, en estos casos las leyes establecen indemnizaciones tasadas o tarifadas, que dan certeza a la pauta reparatoria para esta especie de responsabilidad de derecho público.

En el ámbito nacional, el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado por Julio B. J. Maier [65], se inscribía en esa corriente. Preveía en su art. 422 la indemnización al imputado por el encarcelamiento preventivo "Cuando el imputado fuere absuelto o en su favor se dictare el sobreseimiento". La reparación tomaba en cuenta los días de prisión, arresto domiciliario o internación provisional sufridos por quien, finalmente, no era condenado. El siguiente artículo (art. 423) imponía al tribunal que dictara la absolución o el sobreseimiento fijar la indemnización de acuerdo con ciertas reglas que tarifaban la cuantía del resarcimiento. Finalmente, dejaba a salvo el derecho de reclamar una indemnización superior ante los tribunales competentes, derecho que se extinguía en caso de aceptarse la suma indicada por el tribunal. En el art. 424, en cuanto interesa para este trabajo, se preveía que el tribunal podía imponer la obligación de indemnizar "total o parcialmente, al denunciante o al querellante que hayan falseado los hechos o litigado con temeridad" [66].

En la exposición de motivos del Proyecto se expresaba que "El tít. II, a pesar de su brevedad, resulta de una importancia capital, pues regula la indemnización debida al imputado en los casos de error judicial (recurso de revisión) y en los de privación de libertad procesal sufrida injustamente. Nos hemos decidido por un sistema tasado para no agravar la responsabilidad del Estado, pero con la importante aclaración de que el reo, que pretende haber sufrido daños mayores, puede reclamar una reparación mayor ante los tribunales competentes, renunciando al camino más simple de la reparación tasada (art. 423). No sólo el Estado responde por esta obligación, pero él responde en primer lugar y puede repetir..." [67].

El sistema propuesto en ese proyecto conjugaba adecuadamente la necesidad de que el Estado asuma su deber de reparar, la fijación de pautas objetivas para hacerlo y un procedimiento sencillo para su determinación. Además, no privaba al imputado de optar por una reparación mayor si consideraba insatisfactoria la determinación que resultaba de las pautas tasadas.

También podría considerarse otra alternativa que parta de un postulado distinto, a saber: que la definición de una política indemnizatoria por parte del Estado Nacional en una ley o el camino pretoriano de las sentencias no debería desatender

la caracterización como Estado social y democrático de Derecho que debe reconocerse a nuestra Nación, a partir de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el texto constitucional, y de expresas referencias a la justicia social, solidaridad, equidad, que el texto constitucional de 1994 efectúa [68].

Si se admite que las pautas del constitucionalismo social condicionan las soluciones técnicas que deberán ser consideradas para responder al problema de la reparación del prisión preventiva de inocentes, entonces es posible afirmar que la responsabilidad del Estado debe atender no sólo a los criterios de reparación propios de la justicia conmutativa, sino también incorporar pautas de justicia distributiva y operar como una herramienta de redistribución del producto [69].

Podrán, entonces, las leyes y los jueces considerar la solidaridad como valor de referencia [70] al momento de ponderar, por ejemplo, la oportunidad, la cuantía y la forma de pago de la indemnización [71]. Así, de acuerdo con la posición social, económica y cultural del afectado, su situación familiar y personal, podrá considerarse si la indemnización debe abonarse íntegra en un solo pago, o puede establecerse un mecanismo de pago en cuotas que sustituya un salario, si es preciso incrementar el valor de la indemnización para compensar la pobreza de la persona o si puede disminuirse ante la solvencia económica del particular, si debe abonarse en dinero o compensarse con la entrega en propiedad de una vivienda, o máquinas o herramientas de trabajo (por ejemplo).

c) Todos cobran, menos el reo

Todos los participantes en el proceso de investigación y juzgamiento del delito y de mantener en detención al imputado perciben una remuneración por ello: el funcionario policial, el defensor (público o privado), el fiscal, los jueces, sus secretarios, los peritos, el personal penitenciario, etc.

Es más, incluso el testigo se ve indemnizado del perjuicio que el cumplimiento de la carga de testificar pueda ocasionarle, según lo establece el art. 362, CPPN. El único actor de esa tragedia que no ve resarcido su sacrificio es el imputado finalmente sobreseído o absuelto. Quien sufrió en su cuerpo (su libertad, su identidad, etc.) el poder del Estado, una vez liberado, nada recibirá como compensación; ya que se trata, en las dolorosas palabras de la Corte Suprema, del "costo inevitable de una adecuada administración de justicia".

Considero que, cuanto más, ese costo inevitable al que hace referencia la Corte podrá justificar, a lo sumo, unos pocos días de detención sin generar el deber de reparar, en forma semejante a lo que ocurre con el derecho de propiedad cuando la necesidad pública autoriza la "ocupación temporánea anormal", regulada en la Ley de Expropiaciones [72], para continuar con la analogía esbozada en el pto. III.a.

Pero, en ese caso, no puede tratarse más que del "arresto" que el art. 18, CN. menciona, con todas las limitaciones que lo definen como un remedio cautelar de breve duración dirigido a hacer comparecer al imputado al proceso o a permitir la producción de ciertas pruebas que requieran, ineludiblemente, privar a una persona de su libertad [73].

#### IV. HACER RESPONSABLE AL JUEZ (ESTADO) QUE LA AUTORIZA. POST-LUDIO: SÍNTESIS Y PROPUESTAS

Las líneas precedentes permiten que resuma la propuesta que planteo en este trabajo de la siguiente forma:

a) De lege lata

i. La Constitución Nacional establece la responsabilidad del Estado, también la patrimonial, por la prisión preventiva de quienes finalmente no resultan condenados, en el art. 18, al responsabilizar al juez por las medidas mortificantes innecesarias.

ii. Antes, durante y luego del proceso, quien no fue condenado era, siguió siendo y será presuntamente inocente.

iii. El sobreseimiento o la absolución demuestran que la prisión preventiva no fue necesaria y que se aplicó a alguien inocente.

iv. La licitud del ejercicio de la jurisdicción para imponer la prisión preventiva obliga a reparar con el alcance correspondiente a la responsabilidad por actividad lícita.

v. Estos supuestos no excluyen que, si correspondiera, el deber de reparar se funde en la actividad ilegítima del Estado en el caso particular (prisión preventiva infundada, o a consecuencia de una actividad judicial o policial irregular, o en

caso de condena errónea que es luego revisada) o en la falta de servicio en general por insuficiencia o ineficiencia de los recursos aplicados al servicio de justicia (art. 1112, CCiv.).

b) De lege ferendae

Se debería dictar una ley que establezca los criterios para la reparación, que debería contener:

- i. tiempo mínimo de detención;
- ii. forma de cómputo del valor por cada día de privación de la libertad, según la modalidad en que fue afectada;
- iii. correctivos en más o en menos fundados en razones de solidaridad de la sociedad con el individuo, y a la inversa;
- iv. procedimiento para hacer efectiva la indemnización;
- v. carácter ejecutivo de la condena indemnizatoria;
- vi. posibilidad de fraccionar el pago en cuotas periódicas o de cumplir la indemnización con la entrega de bienes inmuebles o elementos de trabajo.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a María Josefina Rotaeché -la mujer con quien comparto "el oficio de andar zurciendo en la vida tristezas con alegrías" (como dijera un poeta)- los aportes valiosos y las objeciones que me formulara al revisar el borrador de este artículo, y la orientación que me brindara para la investigación del tema. También, a mi querido amigo Fernando García Pullés, por las líneas de reflexión que me sugiriera luego de considerar un borrador de este artículo. Igual agradecimiento, a Juan Manuel Kees, a quien conocí (en esa forma extraña que Bill Gates permite) luego (y a raíz) de haber consultado un texto suyo. Sus críticas me fueron de similar provecho.

NOTAS:

[\*] Artículo originalmente publicado na "Revista Jurisprudencia Argentina", fascículo 14, 2008-IV, páginas 4 a 18.

[1] Centro de Estudios Legales y Sociales, "Informe de prensa: el 28 de octubre votarán por primera vez los presos sin condena", en el que se afirma: "Cuando el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) inició la presentación judicial por el derecho a voto de los presos sin condena, en 1998, el número total de personas privadas de su libertad en el país era de 28.261, de las cuales más del 66% se encontraban sin condena firme. En los años siguientes la cantidad de presos creció de manera exponencial en gran medida como consecuencia del uso generalizado y abusivo de la prisión preventiva. De acuerdo con los datos del CELS en base al Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), en 2005 las personas privadas de la libertad en cárceles y comisarías en Argentina llegaron a 63.357, más del doble que en 1998. De ese total, un 63% -cerca de 40.000 personas- no tenían condena firme. En la provincia de Buenos Aires, el porcentaje de procesados es aún mayor. Las cifras de agosto de 2007 muestran que de los más de 27.100 presos del distrito, el 72,8% no tiene condena firme". El cap. III de Informe Anual 2008 del CELS da cuenta de que ese porcentaje (63%) se mantuvo en el año 2006 (ver <http://www.cels.org.ar/>).

[2] Consultar el informe en <http://www.ppn.gov.ar/>. La información fue recogida por Diariojudicial.com, secc. Noticias del Día, edición electrónica del 4/12/2007.

[3] "Considerar al hombre como una cosa, ¿puede haber una fórmula más expresiva de indignidad? Sin embargo, es lo que ocurre, desgraciadamente, nueve de cada diez veces en el proceso penal. En la mejor de las hipótesis, los que van a ser encarcelados en la jaula, como los animales del jardín zoológico, parecen hombres ficticios más bien que hombres verdaderos" (Carnelutti, Francesco, "Las miserias del proceso penal", trad.: Sentís Melendo, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, 1985; citado por Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de 'privación legítima de la libertad' y su obligación de reparación del daño individual", JA 1994-I-296).

[4] González, Joaquín V., "Manual de la Constitución argentina (1853-1860)", actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Ed. La Ley, 2001, ps. 164 y 165.

[5] Corte Sup., sent. del 3/5/2005, en la causa "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa `Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus`".

[6] Corte Sup., fallos del 13/2/2006 y del 13/2/2007, en la causa "Lavado, Diego J. y otros v. Provincia de Mendoza y otro s/acción declarativa de certeza".

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos, medidas provisionales adoptadas en el caso "Penitenciarías de Mendoza", noviembre de 2004, reiteradas en mayo de 2005.

[8] C. Crim. General Roca, 3ª, provincia de Río Negro, sent. del 25/8/1995 (publicada en revista LL 1996-A-747). El tribunal hizo lugar a una acción de amparo deducida por el defensor del pueblo de la Nación en relación con las condiciones de la alcaldía de General Roca.

[9] Vitale, Gustavo L., "Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie", con introducción a cargo de Eugenio R. Zaffaroni, Ed. Hammurabi, 2007.

[10] Maier, Julio B. J., "La privación de la libertad durante el procedimiento penal", inédito. Agradezco a su autor habérmelo facilitado para la elaboración de este artículo.

[11] Me ha sugerido Fernando García Pullés que considere si la ejecución de la resolución judicial cautelar, que es lo que ocasiona los perjuicios al imputado, es actividad judicial o administrativa. Buena pregunta para la que no tengo ahora una respuesta que me satisfaga, aunque desde hace bastante tiempo considero que el sistema penitenciario debería encontrarse en la órbita del Poder Judicial, por razones cuya exposición excede el objeto de este trabajo. Quizás si se considerase que la ejecución del encarcelamiento preventivo (causa directa de los perjuicios) es actividad administrativa, muchos de los reparos señalados por la jurisprudencia y la doctrina pasarían al anaquel de los argumentos en desuso, ya que los juristas muestran una mayor facilidad para admitir la responsabilidad de la Administración que la del Poder Judicial. Sin embargo, los fundamentos que expreso en estas líneas a efectos de reconocer la existencia del deber del Estado de reparar los perjuicios que ocasiona con el encarcelamiento preventivo son igualmente aplicables sea que se lo encuadre como actividad administrativa o judicial lícita.

[12] Estos tres problemas son enunciados por Bossert, Gustavo A. y Márquez Urtubey, Luis O., "Indemnización por prisión preventiva ilegítima", en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Dr. Atilio A. Alterini", dirs.: Alberto J. Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, p. 458 y ss.

[13] Por exceder el objeto de este trabajo, me limitaré a señalar que con el andamiaje conceptual con que la Corte ha construido -desde "Ferrocarril Oeste" hasta "Vadell"- la responsabilidad del Estado por falta de servicio, no resulta difícil establecer el deber de indemnizar en los términos del art. 1112, CCiv. en aquellos supuestos en los que la privación de la libertad, o su continuación, se debe a un déficit general de la estructura judicial y de sus agencias auxiliares, que por su insuficiencia o ineficacia no permite atender las causas penales en el plazo que resultaría razonable de acuerdo con las peculiaridades de cada causa singularmente considerada. Resulta oportuno destacar que el párr. 3º del art. 9, PIDCyP. dispone: "Toda persona detenida o presa... 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...". De tal manera, aun quienes admiten la constitucionalidad y legitimidad de las detenciones preventivas y la irresponsabilidad del Estado por su obrar en ese sentido no podrían -o al menos no podrían hacerlo seriamente- cuestionar la pertinencia de la responsabilidad patrimonial estatal en supuestos en los que una detención, que en sus comienzos puede aparecer como justificada para practicar ciertas medidas de investigación y consolidar la prueba, se prolongara por la insuficiencia o ineficacia de la organización judicial para tomar las resoluciones pertinentes con la celeridad exigible para decidir el cese de la detención.

[14] Kees, Juan Manuel, "Algunas palabras acerca del culpable afortunado", ponencia en el I Congreso Federal de Derecho Penal, desarrollado luego en "Responsabilidad patrimonial del Estado por el dictado de la prisión preventiva (a propósito de la absolución por aplicación del principio in dubio pro reo)", exposición de su autor en las V Jornadas Patagónicas para la Reforma Procesal Penal, celebradas en agosto del año 2007 en la ciudad de Neuquén.

[15] Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad del Estado por error judicial; sólo pretendo recordar que todo el sistema de administración de justicia se estructura a partir de una premisa: la existencia del error. Es esa constancia la que determina la organización de los Poderes Judiciales en diversas instancias, la existencia de recursos en los

procesos judiciales, la que habilita la acción de revisión de la cosa juzgada írrita o fraudulenta y, finalmente, la que justifica la indemnización por error judicial. Por ello me permito afirmar sin necesidad de brindar otro fundamento que la evidente condición de falibilidad del ser humano, que entre ese 63% de personas detenidas sin condena la prisión preventiva seguramente fue dispuesta erróneamente (injusta, ilegal o innecesariamente) en ciertos casos, y que muchos -o tan siquiera uno- de quienes se encuentran detenidos no serán finalmente condenados.

[16] Kees, Juan Manuel, "Algunas palabras..." cit.

[17] Sobre la diferencia entre "indemnización" por actividad ilegítima y "reparación" por actividad lícita puede verse: Comadira, Julio R., "Improcedencia del lucro cesante en caso de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en AA.VV., "Derecho Administrativo. Homenaje a Miguel S. Marienhoff", dir.: Juan C. Cassagne, Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1998, LNOL 1701/004649; Grecco, Carlos M., "Indemnización y responsabilidad en el Derecho Administrativo", en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., "Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo", Ed. Ad-Hoc, 1999, p. 757 y ss. Sin desconocer el valor semántico propio de cada expresión y su posible configuración como categorías jurídicas diferentes, ambas expresiones son aplicadas en este artículo con un valor equivalente; de tal forma, el empleo de la expresión "indemnización" está desligado de la noción de "responsabilidad" por falta de servicio o riesgo.

[18] Esta tensión es señalada en general para el Derecho Penal por Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", Ed. Trotta, 1997, p. 106, al que me remitió la ponencia de Kees, Juan Manuel, "Algunas palabras..." cit.

[19] Norberto Bobbio daba cuenta de que "el uso de las citas pertenece a la lógica de un sistema fundado en el principio de autoridad" (Bobbio, "Ni con Marx ni contra Marx", Ed. FCE, 1999, p. 65). Hay, claro está, otros sistemas. Sin embargo, en muchos casos la cita pretende reconocer en otro la autoría de una idea o el origen de la información que se aplica a un trabajo. Tengo una posición formada en contra del primer uso y favorable respecto del segundo. Me limitaré, entonces, a mencionar a quienes, con sus ideas, han disparado las reflexiones que señalo en este artículo o han sido importantes para su fundamentación.

[20] Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad del Estado..." cit.

[21] Bidart Campos, Germán J., "¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad? (disquisiciones en torno de la responsabilidad estatal)", en Revista de Derecho de Daños, n. 9, "Responsabilidad del Estado", Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 233 y 234: "...la circunstancia de que al momento de disponerse y cumplirse la prisión preventiva haya habido suficiente razonabilidad para imponerle al inculpado tal sacrificio no configura obstáculo para el reconocimiento posterior de que, una vez beneficiado al término del proceso con el sobreseimiento o con la absolución, concurre mérito bastante para hacerle efectivo su derecho a la reparación. Ello, por el perjuicio irrogado a su libertad, consistente en haber estado temporariamente privado de ella. Como punto medio, creemos que el deber jurídico de soportar -a su tiempo- la prisión preventiva no puede llegar al extremo de aniquilar el derecho a la reparación posterior. Es un modo de conciliar un deber jurídico con un derecho personalísimo a la libertad... No es menester suponer que cuando el derecho a la reparación se torna viable haya que negar la licitud originaria del acto judicial de prisión preventiva. Basta con admitir que después del sobreseimiento o la absolución aquella licitud, sin convertirse en ilicitud sobreviniente, ha de ceder frente a la prioridad axiológica del derecho a la libertad".

[22] Ver "Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)", recopilación de Arturo E. Sampay, Ed. Eudeba, 1975, ps. 112 y 227, respectivamente. Allí se encuentran los antecedentes primeros del derecho patrio del art. 18, Constitución Nacional de 1853.

[23] Levaggi, Abelardo, "Análisis histórico de la cláusula sobre cárceles de la Constitución", en LL Supl. Universidad del Salvador - Facultad de Ciencias Jurídicas del 8/10/2002. Del mismo autor puede consultarse un desarrollo en extenso del tema en "Historia del Derecho Penal argentino", publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levenne, serie Lecciones de Historia Jurídica IV, Ed. Perrot, 1978, en particular el capítulo XII: "El sistema carcelario", ps. 143 y ss.

[24] Zaffaroni, Eugenio R., "Introducción" al libro de Vitale, Gustavo L. "Encarcelamiento de presuntos inocentes..." cit., p. 9; también Levaggi, Abelardo, "Análisis histórico..." cit. e "Historia del Derecho Penal argentino" cit.

[25] Los magistrados, funcionarios y agentes policiales, judiciales y del Ministerio Público; las correspondientes asignaciones presupuestarias; y los Códigos de Procedimientos y las leyes y reglamentos de organización y

funcionamiento de los tribunales, el Ministerio Público y la Policía, respectivamente.

[26] Kees, Juan Manuel en "Algunas palabras..." cit. realiza un más que interesante examen de la forma en que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema prescinde de considerar los fundamentos y objeciones a la prisión preventiva al tratar el problema de la reparación de la prisión preventiva; entre ellos, el atinente a la presunción de inocencia.

[27] Sobre todo si se considera el más que interesante y prolongado debate referido al alcance que debía otorgarse al carácter de parte de la Nación establecido en el art. 100, CN., suscitado en ocasión de debatirse la ley 48. Sobre la problemática relativa a la evolución de la responsabilidad y demandabilidad del Estado a partir de la Constitución Nacional puede consultarse, con provecho para el lector: García Pullés, Fernando R., "Tratado de lo contencioso administrativo", t. I, Ed. Hammurabi, 2004, p. 253 y ss.; Gauna, Juan Octavio, "El proceso administrativo en el orden nacional argentino. Origen y evolución", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), "Derecho Procesal Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez", t. I, Ed. Hammurabi, 2004, p. 29 y ss.; Muñoz, Guillermo A., "El reclamo administrativo previo", LL 1988-A-1048; y también en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos M., "Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo" cit., p. 583 y ss.

[28] Fallos 308:2002.

[29] Al aplicar el art. 8, párr. I, CADH., o Pacto de san José de Costa Rica, que establece: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad".

[30] Corte IDH, caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica", sent. del 2/7/2004, serie C, n. 107, párr. 154º.

[31] Carrara, Francesco, "Informe a la Comisión sobre Reforma Carcelaria", publicado en "Opúsculos de Derecho Criminal", vol. IV, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1978, p. 231 y ss., citado por Kees, Juan Manuel, "Algunas palabras..." cit.

[32] Cafferata Nores, José I. y Hairabedián, Maximiliano, "La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y `sobrelimitaciones' jurisprudenciales", en AA.VV., "Eficacia del sistema penal y garantías procesales (¿contradicción o equilibrio?)", comp.: José I. Cafferata Nores, Ed. Mediterránea, p. 109 y ss.

[33] Una ilustrada referencia sobre los criterios anteriores y actuales de la Corte Suprema puede verse en el voto de la jueza Aída Kemelmajer de Carlucci, fallo de la sala 1ª de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el caso "Rojo, Laura C. en jº 149241/10102, `Rojo, Laura C. v. Provincia de Mendoza s/daños y perjuicios s/inc.", sent. del 19/5/2008.

[34] "Que, en este sentido, cabe sentar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley (Fallos 311:1007)" (consid. 6 del voto mayoritario en "Balda").

[35] Por todos: Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad del Estado..." cit. y Bidart Campos, Germán J., "¿Hay un derecho a reparación...?" cit.

[36] Fallos 318:1990, Corte Sup. en la causa "Balda, Miguel Ángel v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sent. del 19/10/1995.

[37] Voto de la mayoría (de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene, y en igual sentido los votos concurrentes del juez Bossert y de los jueces Boggiano y López): "...9. Que, a mayor abundamiento, corresponde destacar que tampoco podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento".

[38] Art. 208, CPCCN. y normas similares en todos los Códigos Procesales del país.

[39] El argumento me fue sugerido por Fernando García Pullés en su amable y aguda revisión del borrador de este artículo.

[40] La cuestión se vincula con "...la racionalidad de las razones dadas por los tribunales y la autoridad del juez como tal. Históricamente, con la emergencia del 'rule of law' y la aparición del 'Rechtsstaat', la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada" (Bergholtz, Gunnar, "Ratio et autoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en Doxa, n. 8, 1990, p. 75 y ss.).

[41] Con otras expresiones y fundamentos, la idea aparece expresada en forma aún más radical en el voto de la jueza Carmen Argibay en el caso "Andrada": "...si el acto que es el antecedente inmediato de los efectos que se reputan dañosos es lícito, también lo son sus consecuencias, pues, como lo enseñara Alfredo Orgaz, 'el acto y su consecuencia (inmediata o mediata previsible, que son las únicas que la ley imputa al agente, arts. 903 y 904 civiles) constituyen una unidad inescindible, al punto de que el acto separado de su consecuencia es inimaginable, y ésta deja de ser ella misma con independencia de aquél. Si el acto es lícito, tiene que serlo también la consecuencia; si es ilícito, ésta ha de participar de idéntica naturaleza' ('La ilicitud', Córdoba - Buenos Aires, 1973, ps. 34/35). Esta circunstancia bastaría para rechazar la demanda por los daños derivados de la prisión preventiva cumplida" (consid. 7 de su voto en "Andrada, Roberto H. y otros v. Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios", sent. del 5/9/2006). Habrá que estar pendientes del desarrollo que de este argumento se efectúe en futuros pronunciamientos, pues así como ha sido formulado en este caso, la jueza Argibay desconoce la posibilidad de responsabilizar al Estado por actividad lícita.

[42] Constitución de la Nación, 2ª parte: "Autoridades de la Nación", tít. I: "Gobierno federal", secc. III: "Del Poder Judicial".

[43] Cabe agregar (aunque no desarrollar en este artículo) que las decisiones de privar de la libertad a las personas también se adoptan con "gerencia discrecional" por el sistema represivo estatal, como lo han demostrado los estudios de criminología y política criminal.

[44] Acción de inconstitucionalidad promovida por Rodolfo Hernández Hénchoz, sent. del 27/8/1997.

[45] "...4) Que en cuanto al planteo referente a la responsabilidad del Estado por los perjuicios que sostienen haber sufrido quienes, imputados de un delito, sufren prisión preventiva y finalmente resultan absueltos, son aplicables las consideraciones formuladas en el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Belluscio en la causa de Fallos 318:1990, y en la sentencia de esta Corte dictada en la causa G.296.XXXV, 'Gerbaudo, José Luis v. Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios', del 29/11/2005, a las que cabe remitirse brevitatis causae, según las cuales la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor" (del voto de los jueces Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay en la causa "Quiroz Franco, Miguel Ángel y otros v. Provincia de Mendoza s/daños y perjuicios". La remisión al voto minoritario en la causa "Balda" y a "Gerbaudo" también se encuentra en el voto del juez Ricardo Luis Lorenzetti). El juez Eugenio R. Zaffaroni encuadra del mismo modo la cuestión de la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva (por ejemplo, consid. 3 de su voto en la causa "Andrada, Roberto H. y otros v. Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios", sent. del 5/9/2006).

[46] A partir del caso "Sekanina v. Austria", decisión del 25/8/1993; criterio reiterado en los asuntos "Asan Rushiti v. Austria", del 21/3/2000; "Wixelbraun v. Austria", del 20/12/2001; "Vortic v. Austria", del 10/10/2002; y "O. C. v. Noruega", del 11/2/2003; citados por Sarmiento, Daniel, Mieres Mieres, Luis J. y Presno Linera, Miguel Ángel, "Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en [http://www.danielsarmiento.eu/pdf/sentencias\\_basicas.pdf](http://www.danielsarmiento.eu/pdf/sentencias_basicas.pdf), consulta efectuada el 25/2/2008.

[47] Cafferata Nores, José I. y Hairabedián, Maximiliano, "La indemnización..." cit., quienes mencionan en esa posición a Javier Llobet Rodríguez. Este autor en su obra "Proceso penal comentado" (referido al Código Procesal Penal de Costa Rica) sostiene con claridad que "...la doctrina ha admitido que por razones de justicia el tiempo que se ha cumplido en prisión preventiva sea deducido del monto de la pena de prisión a la que se condena a un imputado... Sin embargo, sería totalmente injusta la situación del imputado que ha cumplido una prisión preventiva de seis meses y luego es absuelto, puesto que en términos prácticos quedaría en la misma situación de aquel que fue efectivamente condenado a seis meses de prisión. Es claro que tal situación sería contraria a la presunción de inocencia, ya que pondría en idénticas condiciones, en lo relativo a los efectos posteriores de la prisión preventiva, al declarado inocente

que al encontrado culpable. Para remediar dicha situación debe decirse lo siguiente: si la prisión preventiva que se dicta con base en el peligro de fuga o de obstaculización en ningún caso es una pena anticipada, entonces aquel que es sometido a la misma debe ser considerado como un sacrificado especial indemnizable por el Estado... puesto que en interés de la colectividad (aseguramiento del proceso y de la ejecución penal) ha tenido que sacrificarse" (sin destacar en el texto original; Llobet Rodríguez, Javier, "Proceso penal comentado", Ed. Jurídica Continental, 2006, p. 366).

[48] Fallos 329:3176, del 15/8/2006.

[49] Fallos 329:3894, del 19/9/2006.

[50] Según se desprende del voto del juez Lorenzetti, sería determinante para admitir la responsabilidad la "inexistencia subjetiva del hecho" que se presenta "cuando la ausencia de participación del acusado está suficientemente acreditada o deducida del examen conjunto de la resolución penal". Ahora bien, agrega el juez que "dicha inexistencia subjetiva no concurre siempre que produzca una falta de convicción por inexistencia de pruebas válidas sobre la participación en los delitos del que fuera acusado y la absolución tuviera lugar en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia".

[51] Fallos 321:1717.

[52] Fallos 268:112.

[53] Fallos 318:445, consid. 10 del voto de la mayoría.

[54] Fallos 268:112; 301:1205; 302:529; 304:782, 318:445, entre otros.

[55] Fallos 312:659, "Motor Once, S.A. v. Municipalidad de Buenos Aires".

[56] Zaffaroni, Eugenio R., "En busca de las penas perdidas", Ed. Ediar, 1989.

[57] Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad del Estado..." cit.

[58] Reiriz, Graciela, "Responsabilidad del Estado", en AA.VV., "El Derecho Administrativo argentino hoy", Ed. Ciencias de la Administración, 1996, Buenos Aires, p. 224, recuerda que Rodolfo Bullrich, en 1920, y luego Agustín Gordillo, en 1959, sustentaron la posición a la que ella adscribió en su libro "Responsabilidad del Estado". Juan O. Gauna destaca "el valioso y sólido aporte realizado por Graciela Reiriz", y se enrola entre quienes reconocen un sistema autónomo y público de responsabilidad del Estado en "Responsabilidad del Estado. Su jurisdicción", en Gauna, "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 420.

[59] Una reseña de la situación en las Constituciones de las provincias argentinas puede consultarse en el trabajo de Saravia Frías, Santiago "Responsabilidad del Estado por error judicial y deficiente administración de justicia", en <http://www.juridicas.unam.mx/>, sitio de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. También, en Ibarlucía, Emilio A., "La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o a la revocación de la prisión preventiva", ED 176-755.

[60] De Miguel S. Marienhoff, además de la exposición en su "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV, 5ª ed. act., 1992, p. 123; t. I, 4ª ed. act., Buenos Aires, 1990, p. 289; Buenos Aires, t. II, 4ª ed. act., Buenos Aires, 1993, p. 634 y ss.; y t. III-A, 4ª ed. act., Buenos Aires, 1994, p. 560, puede verse, en especial, "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949; "Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de medio o de resultado", ED 157-749; y "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", LL 1993-E-912.

[61] Comadira, Julio R., "Imprudencia del lucro cesante..." cit.

[62] Algunos reparos a dicho principio pueden verse en Barra, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED 122-859.

[63] Verdadera excepción a la exigencia de que haya mediado error judicial o violación a las garantías constitucionales establecidas en las Constituciones de otras provincias. Véase al respecto el artículo de Ibarlucía, Emilio A. "La responsabilidad del Estado..." cit.



[64] María Graciela Reiriz en su libro "Responsabilidad de Estado", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1969, ya señalaba que "Las provincias se han adelantado a la Nación en este terreno: las Constituciones provinciales más modernas reconocen la responsabilidad de las provincias en los casos de prisiones preventivas, cuando el imputado luego resulta sobreesido definitivamente o absuelto por sentencia firme" (p. 81).

[65] Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado por Julio B. J. Maier, publicado en Cuadernos de Doctrina Penal, n. 1, Ed. Depalma, 1987.

[66] Íd., ps. 775 y 776.

[67] Íbid., p. 668.

[68] En tal sentido, Bidart Campos, Germán J., "La Constitución económica (un esbozo desde el Derecho Constitucional argentino)", en Cuestiones Constitucionales, n. 6, enero-junio de 2002, p. 6.

[69] En un artículo anterior de mi autoría (Said, "La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", RAP, n. 326, año XXVIII) propuse "que la definición de principios que establece el Preámbulo sobre el modelo de sociedad que pretende para la comunidad que habita en la Ciudad, caracterizándolo como una 'una democracia fundada en la... la solidaridad, la justicia y los derechos humanos', entre otros valores; que la declaración del art. 18 referida a que 'La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado'; que el art. 51 que ordena que los impuestos y las cargas públicas se basen, entre otros principios y valores, en la equidad y la solidaridad, tienen que tener incidencia en la regulación que de la responsabilidad patrimonial del Estado puede efectuarse en la legislación local".

[70] Dedicué un trabajo anterior al problema de los valores en la racionalidad jurídica del Iluminismo: Said, "Aproximación a las nociones de 'Derecho', 'justicia' e 'igualdad' en la dialéctica del Iluminismo", publicado en Actualidad en el Derecho Público, n. 7, septiembre-diciembre de 1997.

[71] Rebollo, Luis M., en "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo (A propósito del IX Coloquio de Derecho Europeo organizado por el Consejo de Europa)", publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo, n. 24, Ed. Civitas, enero-marzo de 1980, p. 17 y ss., expresa: "El profesor H. W. R. Wade ilustró la discusión aludiendo a la práctica judicial inglesa donde, al parecer, los tribunales sí efectúan la modulación apuntada más atrás tomando como punto de referencia la capacidad contributiva del particular dañado, de forma que la indemnización resultante de la aplicación del principio de responsabilidad cumple un papel político redistributivo".

[72] Arts. 58 a 60, ley 21499.

[73] Sobre el arresto puede consultarse el libro de Vitale, Gustavo L. "Encarcelamiento de presuntos inocentes..." cit., ps. 91 a 99, y las citas que allí efectúa el autor.