**Fojas: 104**

En Mendoza, a diecinueve días del mes de mayo del año dos mil ocho, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 90.821, caratulada: ?ROJO LAURA C. EN J. 149.241/10.102 ROJO LAURA C C/PROVINCIA DE MENDOZA P/DAÑOS Y PERJUICIOS S/INC?.

Conforme lo decretado a fs. 103 se deja constancia del orden de estudio efectua-do en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: DRA. AÍ-DA KEMELMAJER DE CARLUCCI; segundo: Dr. FERNANDO ROMANO; tercero: DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE.

ANTECEDENTES:

A fs. 21/74 el abogado Sergio Tohmé, por la Sra. Laura Celia Rojo, deduce re-curso extraordinario de inconstitucionalidad en contra de la sentencia dictada por la Quinta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 415/428 de los autos n° 149.241/10.102, ?Ro-jo Laura C c/Provincia de Mendoza p/Daños y Perjuicios?.

A fs. 83 se admite formalmente el recurso y se ordena correr traslado a la parte contraria quien, a fs.88/91 vta. contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 99/100 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las ra-zones que expone, aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fs. vta. 102 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 103 se deja constan-cia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provin-cia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUC-CI, DIJO:

I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 14/5/1998, en la zona de Papagayos, se encontraron los cadáveres de dos personas que fueron identificadas como Catalina Vargas y Hugo César Aveiro Rivas. Ambos resultaron muertos por efectos de disparos con arma de fuego. Durante varios días, la línea investigativa se redujo a establecer la vida íntima de las dos víctimas. El Señor Aveiro conducía un remisse, tenía cerca de cincuenta años y estaba casado con otra mujer, con quien tenía un hijo de 21 años; también era padre de otro niño de diez años, de otra unión, con una persona que vive en San Juan; había salido de su casa con-duciendo un automóvil Dodge 1500 rural, que no se encontró en el lugar por lo que se estimó que había sido robado. La Srta. Catalina Vargas era una joven de 22 años, que trabajaba en el servicio doméstico y estudiaba de noche. En determinado momento, un agente dijo haber recibido un llamado telefónico anónimo de alguien que se atribuyó la autoría porque ?ella era su novia y lo estaba engañando?. Por esta razón se solicitó in-formes para detectar el llamado telefónico, a través de un pedido al juez de instrucción interviniente.

A fines de junio, el oficial subinspector se dirigió al jefe de homicidios y le dijo que el autor del doble homicidio, como así también de otros asaltos ocurridos en el Pa-pagayos, serían tres personas, que habrían estado vendiendo elementos o autopartes del Dodge 1500 sustraído a Aveiro. El juez de instrucción autorizó el allanamiento en esos domicilios. Recién el 1/7/1998 se dispuso que, en caso de ser habido el vehículo Dodge 1500 rural se proceda al secuestro y a la inmediata detención de los ocupantes El 9/9/1999 personal policial del destacamento Cañada Seca de San Rafael se-cuestró el automóvil Dodge, ocupado por el Sr. Fabián Agustín Pardo Olguín, nacido en enero de 1971. Ese mismo día, el juez de instrucción decretó: ?Remítase oficio ley 22.172 al Sr. Juez del Primer Juzgado de instrucción de San Rafael para que ponga a disposición de este tribunal tanto al causante como así también el vehículo Dodge se-cuestrado. Ofíciese?. Además, la autoridad policial entregó a la judicial interviniente cuatro álbumes de fotos y otra documental que le habían sido entregadas por la familia de una de las víctimas.

El 8/9/1999, por ante la policía, el Sr. Pardo confesó haber matado a ambas per-sonas; relató que lo hizo por encargo de una mujer que dijo ser la esposa del hombre; contó la historia de cómo la conoció (vino a buscarlo a su casa, por recomendación de una clienta, ya que él se dedicaba por entonces a la práctica de brujerías), cómo llegó hasta Papagayos esa noche, etc. (esta declaración consta en una cinta grabada). Al día siguiente, Pardo volvió a confesar por ante la autoridad policial; reiteró el encargo y dijo que su intención era sólo atarlos, no matarlos y que sólo quería llevarse el auto; que el arma se la proporcionó la mujer; que luego la tiró; que también tiró el celular que ella le dio; que reconoció a la víctima porque coincidía con una foto que la mujer le dio, quien también le proporcionó los datos del vehículo; que el trato con la mujer lo hizo en el hotel Valle Grande de San Rafael, lugar donde se alojó y tuvo relaciones sexuales con ella; que le habían prometido $ 200.000 que le pagarían cuando la mujer cobrara el se-guro y que ínter tanto le pagaron $ 5.000; que tuvo el auto escondido como dos meses y luego lo pintó de rojo.

El 14/9/1999 la policía informó al juez de instrucción que la Sra. Estela Collado, la mujer con la que la víctima Aveiro tenía un hijo extramatrimonial, que vivía en San Juan, tenía en Mendoza una amiga de nombre Laura Mercedes Rojo Baidal, cuyas ca-racterísticas físicas respondían a las relatadas por Pardo como pertenecientes a la mujer que lo había inducido a cometer el delito; aclaró que esa mujer no tenía antecedentes penales; que tampoco tenían fotografía de ella por lo que, si lo estimaba pertinente, se hiciera una rueda de reconocimiento.

El 14/9/1999 se hace comparecer a la Sra. Laura Celia Rojo Flores, en calidad de testigo, quien declara conocer a la Sra. Collado, ser empleada de la compañía argen-tina de teléfonos, vivir en Mendoza desde hace tres años (antes lo hacía en San Juan), haber conocido a la víctima Aveiro, saber que seguía teniendo buenas relaciones con la Sra. Collado, con quien éste tenía un hijo y a quien mantenía, etc.

En el reconocimiento realizado el 15/9, Pardo individualiza a la mujer que lleva el n° 6, procediéndose a la detención de la Sra. Laura Celia Rojo Flores ese mismo día, a quien se la deja incomunicada por 24 horas.

A fs. 251 presta declaración la Sra. Laura Celia Rojo Flores, quien declara co-nocer a Estela Collado, pero niega absolutamente toda relación con la muerte de Aveiro. Dice que no ha estado jamás en el hotel Valle Grande de San Rafael y que no sabe ma-nejar. El 16 se hace un careo entre Pardo y la Sra. Rojo; ambos se mantienen en sus di-chos. El mismo 15/9/1999 se la detiene.

Telefónica informa que la Sra. Laura Celia Rojo es titular de dos celulares, sin que se registren denuncias por extravío o cambio.-

La Sra. Rojo designó abogados defensores; solicitaron producción de diversa prueba los días 1/10, 5/10, 3/11, 18/11.

De las constancias resulta que la Sra. Laura Rojo nunca estuvo en el hotel Valle Grande; que el Sr. Pardo tiene una personalidad psicopática, discierne y valora conforme las circunstancias y que la Sra. Rojo tiene ?personalidad histérica con rasgos psicopáti-cos?.-

El 21/2/2000 la Sra. Rojo revocó el poder dado a sus anteriores abogados y de-signó nuevos defensores quienes propusieron nuevas medidas de prueba. Entre esta prueba, en febrero del año 2000 se agregó informe pericial que la muestra como una persona absolutamente normal, no se observan rasgos psicopáticos ni histriónicos, ni antecedentes hereditarios, ni ambientales, ni familiares, ni personales que indiquen lo contrario, testimoniales que acreditan que no sabe manejar ni automotores ni armas de fuego. También declaró Lidia Collado, la mujer con quien la víctima tenía un hijo ex-tramatrimonial (fs. 446/447).-

El 30/3/2000 los abogados de Rojo peticionaron el sobreseimiento

Posteriormente, el 12/4/2000, Pardo insistió en su declaración inicial (que hubo una instigadora) pero dijo que no era la mujer que estaba detenida; que él la había seña-lado como tal, presionado por la policía (fs. 471).-

El 24/4 la defensa de Rojo volvió a solicitar el sobreseimiento.

El 18/5/2000, el juez de instrucción dispuso el auto de procesamiento de Fabián Pardo y la prórroga extraordinaria respecto de la Sra. Rojo

El 23/11/2000 se sobreseyó a la Sra. Laura Rojo Flores declarándose que la pre-sente causa ?no afecta el honor del que hubiere gozado la imputada?.

El 3/4/2001 la 1° Cámara del Crimen absolvió al imputado Pardo por el benefi-cio de la duda. Hizo valer la nueva versión que dio Pardo, cual es, que él no mató a na-die y que el auto se lo dio otra persona para que lo hiciera desaparecer, habiendo presta-do con anterioridad cuatro declaraciones confesionales sin asistencia letrada. Se recono-ce allí la total mentira construida por el imputado en la primera versión desde que nunca estuvo en el Hotel Valle Grande con ninguna persona; que el procedimiento ha sido to-talmente ilegal, al mostrarle la mujer y tomarle fotos sin su consentimiento; que se trata de un fabulador y que el proceso está plagado de errores procesales a los que calificó de un verdadero ?desaguisado procesal?.

El Fiscal de Cámara interpuso recurso de casación. La sala II de esta Corte hizo lugar a la casación y pasó el expediente al subrogante legal.

En la nueva sentencia dictada por la Cámara subrogante, el 24/4/2002 el imputa-do Pardo fue condenado a reclusión perpetua, con más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado como responsable de homicidio agravado y reiterado (dos hechos) en concurso real con robo agravado. La sentencia se funda, en definitiva, que Pardo mató para robar el automóvil y huir procurando impunidad.

2. El 4/6/2002, en autos 145.429, por ante el 2° Juzgado en lo Civil, la Sra. Laura Celia Rojo inició juicio contra la provincia de Mendoza por daños y perjuicios derivados de una detención ilegítima por la suma de $ 417.205,84. Relató que estuvo injustamente privada de su libertad durante más de ocho meses, desde el 15/9/1999 hasta el 18/5/2000, y fue sobreseída recién seis meses más tarde, concretamente el 23/11/2000. Relató los hechos que surgían del expediente penal; afirmó que su aprehensión sólo po-día provenir de prueba ilegítimamente preparada por la policía a fin de que Pardo la re-conociera en fotografías y luego en una rueda de reconocimientos; que la foto fue obte-nida por la policía también ilegítimamente, pues fue citada como testigo. Imputó el daño causado al accionar sea de la policía, sea de los funcionarios judiciales. Reclamó en concepto de daño moral la suma de $ 200.000. Relató que a la época del hecho tenía 36 años, un trabajo estable en la Compañía Argentina de Teléfonos; que allí era respetada por todos; que tenía una nueva unión de la que había nacido otra bebé; que sus tres hijos la necesitaban (los de 13 y 12 años, fruto de una unión matrimonial anterior de la que estaba divorciada); que cuando le informaron que había sido detenida acusada de haber pagado por haber mandado matar a otras dos personas no podía creer que eso le sucedie-ra a ella; menos aún podía creer a Pardo cuando reafirmó en un careo que era ella quien lo había instigado a matar; toda esta pesadilla significaron ocho meses de detención en la cárcel, donde las condiciones de vida eran infrahumanas; debió soportar el motín de la cárcel y las especiales condiciones de encierro; fue privada de su bebé, etc. También peticionó lucro cesante y pérdida de chance; indicó que por efecto del proceso fue pri-vada de su empleo; que al comienzo le dieron vacaciones, pero luego se la despidió sin causa; de allí en más no ha podido conseguir otro empleo; reclamó $ 197.205 pesos y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendir; para llegar a esta suma, tomó el 40% del total de los sueldos que habría percibido hasta su jubilación, suma a la que ella misma descontó el 20%. También reclamó $ 20.000 en concepto de chance de obtener una jubilación, que había perdido por efecto de la detención ilegítima.

La Fiscalía de Estado contestó la demanda y pidió su rechazo. En definitiva, negó relación de causalidad adecuada entre los hechos y el daño invocado; que no se daban los requisitos de la acción: ella no había sido absuelta lisa y llanamente, sino que el sobreseimiento había devenido con motivo de una prórroga extraordinaria; tampoco existía irregularidad en el trámite policial ni judicial.

3. Se rindió la siguiente prueba:

(a) Expediente penal n° 20.765, ?F c/Pardo Olguín?.-

(b) Expediente penal n° 2831 p/Averiguación delito.-

(c) Artículos periodísticos que informan sobre el caso.-

(d) Testimonial de: Rosa Alicia Araya (fs. 76, compañera de trabajo); Eve Moral (fs. 84, compañera de trabajo).-

(e) Informativa de Telefónica de Argentina y liquidación de haberes.-

(f) Pericial psiquiátrica (fs.136/147); fue observada por la demandada y respon-dida por el perito.

4. A fs. 325/331 la jueza de primera instancia rechazó la demanda. Apeló la acto-ra. A fs. 415/429, el 25/6/2007, la Quinta Cámara confirmó el decisorio con estos fun-damentos:

(a) La cuestión relativa a la responsabilidad del Estado por los actos judiciales ha sido tratada por la Corte Federal en el caso ?Balda? (19/10/1995, JA 1996-III-155). De ese decisorio emana la siguiente doctrina judicial:

La actividad lícita del Estado ejercida a través del Poder Judicial no genera res-ponsabilidad. No es un supuesto de responsabilidad del Estado por los actos lícitos; las consecuencias deben ser soportadas por los particulares como costo resultante de una adecuada administración de justicia.

Es insuficiente la sentencia absolutoria desde que esa sentencia, en sí misma, no descalifica el auto de prisión preventiva que sólo requiere indicios vehementes para creerlo responsable del hecho.

Por eso, para que exista responsabilidad del Estado, previamente, ese acto judi-cial debe haber sido dejado sin efecto a través de una declaración de ilegitimidad; de otro modo, se alteraría la cosa juzgada.-

Por otro lado, la Corte de Mendoza, en el caso ?Guerrero? ha requerido que haya un error supino, inexcusable.-

El recurrente pretende que se responsabilice al Estado por las irregularidades del procedimiento, pero este aspecto no fue introducido en la demanda.-

En el caso, la privación de la libertad de la actora fue dispuesta en la etapa de la instrucción y en virtud de circunstancias particulares del proceso que significaba una semiplena prueba y fue ordenada en virtud del reconocimiento que hizo el otro imputa-do.-

No puede sostenerse que no existía en el expediente elemento alguno que respal-dara la versión de Pardo; el reconocimiento del imputado fue libre y voluntariamente efectuado, sin ninguna clase de presiones; el careo entre ambos es un medio de investi-gación y prueba que le permite al juzgador su íntima convicción.-

En el caso, la ilegitimidad de la detención no ha sido declarada. Este presupues-to, a diferencia de lo que sostiene el apelante, es altamente significativo, tal como surge del precedente ?Balda?.-

La irregularidad denunciada es inexistente; la confesión y reconocimiento de Pardo han sido libremente prestados ante la autoridad judicial.-

El recurrente sostiene que a partir de allí era su estrategia procesal aportar prueba sobre la inocencia de Rojo; sin embargo, esa estrategia le insumió un tiempo que ahora no puede imputar al accionar del Estado.-

Cuando Pardo declara nuevamente y declara que Rojo no es la persona que lo contrató, el juez hizo lo que debía, o sea, dictó una prórroga extraordinaria.-

Tampoco puede decirse que el juez se fundó en hechos inverosímiles pues él contaba con un reconocimiento libremente prestado ante su sede.-

Por lo tanto, no puede decirse que el juez estaba porfiadamente convencido de la culpabilidad de Rojo.-

Tampoco puede admitirse que el procedimiento policial fue irregular atento al resultado al que se ha llegado en la causa por averiguación delito.-

Aunque se estimase, como lo pretende el recurrente, que no cabe distinguir entre absolución y sobreseimiento, siempre queda sin acreditar el primer presupuesto de la acción, cual es la carencia de irregularidad.-

Si hubiese habido irregularidad en la incorporación del reconocimiento fotográ-fico, la Cámara del Crimen no hubiese incorporado esa prueba al proceso.

II. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO.

En 108 páginas que estoy obligada a resumir, el recurrente afirma que la deci-sión recurrida es arbitraria. Argumenta del siguiente modo:

Los argumentos del tribunal son inconsistentes tanto respecto al accionar policial cuanto al de las autoridades judiciales.

1. El procedimiento policial.

No hay dudas que el procedimiento judicial muestra irregularidades flagrantes que acreditan de modo manifiesto que en sede policial la Sra. Rojo le fue mostrada a Pardo (en foto y en persona) de un modo absoluta y groseramente irregular.

Según el tribunal, Chávez dijo que a la Sra. Rojo se le tomaron fotografías des-pués que salió de la dependencia judicial y por ende con posterioridad a que Pardo la reconociese en persona, de lo que deriva que no está probado que a Pardo se le mostra-ran fotografías de la Sra. Rojo.

La sentencia desinterpreta la declaración. Es verdad que Chávez no dijo expre-samente que en sede policial se mostraran a Pardo fotos de la Sra. Rojo, pero tampoco dijo lo contrario, o sea, que no se le mostraron tales fotos. Más aún, reconoció que ade-más de las fotos sacadas cuando la Sra. Rojo se iba retirando del Palacio de policía, ellos contaban con otras tres fotos, que habían sido anteriormente proporcionadas por familia-res de Aveiro (ver fs. 647 del expediente 2831). Además, esas fotos estaban en poder de la policía desde el 10/9/1999, tal como lo afirma la Cámara 1° del Crimen (fs. 222) y esas fueron las que le mostraron a Pardo en un calabozo de la policía la noche anterior (13/9/1999) a que la Sra. Pardo le fuese mostrada ?en persona?.

No hay dudas que el ?reconocimiento? fue ilegítimamente obtenido, tal como surge de prueba decisiva oportunamente omitida por el tribunal, cuales son:

Las declaraciones de Pardo de fs. 471, 631 y 797. A fs. 471 declara expresamen-te que estaba presionado por la policía y que no le quedó sino apuntar a la señora que la policía le indicó, pero que no era ella la que le había encargado matar a las otras perso-nas; que luego lo llevaron al calabozo, que allí le mostraron fotografías y acosado por el policía reconoció a la mujer en la fotografía. Afirmó expresamente que fue un invento suyo, porque nunca había visto a la mujer; que en otro reconocimiento la policía le dijo que era la número seis, por lo que él señaló a la persona que llevaba ese número. Poste-riormente cambió la declaración porque sabía que había acusado a una persona que no era, por lo que le prometió a su familia que diría la verdad.

Hasta ese momento, las averiguaciones que la policía tenía era que una mujer, de nombre Estela Collado, con la cual Aveiro (una de las víctimas) había tenido un hijo tenía una amiga, llamada Laura Rojo; el sistema informático de la policía tenía una tal Laura Mercedes Rojo Baidal, sin antecedentes. Luego se detectó que esa no era la amiga de Collado sino Laura Celia Rojo Flores. No hay ninguna coincidencia entre la actora y la persona que se describe en los antecedentes penales. La única causa por la cual la policía pudo concluir que la actora en esta causa era la sospechosa, fue que se le mostra-ron a Pardo fotografías y la persona de un modo absolutamente irregular. Todas estas circunstancias fueron señaladas por los defensores técnicos de la Sra. Rojo al pedir su sobreseimiento cuando ya se habían reunido pruebas que palmariamente demostraban que nada tenía que ver con la supuesta mujer que supuestamente le había encargado la muerte. Ese sobreseimiento fue solicitado, incluso, antes de que Pardo se rectificara de su declaración; es que las inferencias lógicas podían mostrar la total desvinculación de la Sra. Rojo

Estas irregularidades han quedado expresamente señaladas por la Cámara Prime-ra del Crimen en importantes motivaciones de su decisión (fs. 637 y ss. autos 2831), a las que califican de ?desaguisado procesal?.-

El tribunal también pretende fundar su decisión en que la actora no acreditó los apremios ilegales de la policía a Pardo desde que el expediente 133.802 concluyó por extinción de la acción penal por prescripción sin que existiera prueba que demostrara esos apremios. La afirmación también es arbitraria porque supone ignorar prueba rele-vante existente en el expediente de la que surge, como se ha explicado en el punto ante-rior, que las fotografías fueron mostradas de modo antijurídico. Este expediente penal fue ofrecido por todas las partes, incluso la demandada, sin reserva alguna.-

La sentencia afirma que aunque esas irregularidades hubiesen existido no hay relación de causalidad entre el hecho de la muestra de las fotografías (accionar policial) y el daño causado (privación de la libertad) desde que Pardo declaró libremente. El ra-zonamiento es lógicamente defectuoso. Lo cierto es que si la Sra. Rojo no hubiese sido reconocida por Pardo nunca habría sido detenida. Esto es así aunque Pardo nunca hubie-se sido presionado. Por todo el encadenamiento probatorio armado por la policía y el imputado Pardo, Laura Celia Rojo estuvo detenida más de ocho meses, lo que implicó que una mujer inocente estuvo presa por ese período.

El caso guarda analogía con el resuelto por esta Sala en el caso ?Ríos?, en el que la relación causal entre el reconocimiento ilegítimo y el daño fue reconocido por este tribunal. A lo expuesto debe agregarse que la Sra. Rojo no actuó ni con dolo ni con cul-pa, ni provocó de modo alguno el error policial que llevó al del Poder Judicial.-

2. El procedimiento judicial.-

La sentencia afirma que el Estado sólo puede ser responsable por el error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño haya sido declarado ilegí-timo y dejado sin efecto.

El argumento también es erróneo. La detención de la Sra. Rojo no implicó nin-gún acto que haya pasado en autoridad de cosa juzgada respecto al fondo del asunto. Fue tan sólo una medida cautelar.

Si la actividad fue lícita, no es necesario que el acto sea revocado.-

Si la actividad fue ilícita, tampoco es necesario que caiga ese acto; basta que la irregularidad surja palmaria, tal como emerge de estos autos de la prueba incorporada relativa al accionar policial.-

Conforme el Código Procesal Penal vigente en aquel momento, la Sra. Rojo po-dría haber interpuesto la nulidad; pero se trataba de una mera facultad, que podía ser interpuesta incluso después, al notificársele la citación a juicio; por lo demás, ella estaba facultada para trazar la estrategia defensiva que considerase más adecuada para recupe-rar lo más rápidamente su libertad. Tal como lo ha sostenido esta sala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Nacional, el juez civil puede verificar si la prisión preventiva ha sido dictada con razonabilidad. Por lo tanto, la Cámara incurre en contradicción lógi-ca cuando afirma que no puede verificar si hay daño en tanto el auto de prisión preventi-va no fue recurrido.-

Según la Cámara, el juez penal no incurrió en un error inexcusable porque con-taba con semiplena prueba, o indicios vehementes, porque los dichos de Pardo eran ve-rosímiles y porque esos dichos encontraban respaldo probatorio en las constancias del expediente penal.

Ninguna de las tres razones responde a las constancias.

No hay tal semiplena prueba o indicios vehementes; por un lado, el careo entre Pardo y la Sra. Rojo se realizó antes de haber dispuesto el careo, por lo que no puede afirmarse que la sospecha derivada del resultado de un careo que aún no se había practi-cado.

El supuesto serio estado de sospecha sólo podía fundarse en un reconocimiento que adolecía de todas las irregularidades ya reseñadas. Estas irregularidades pudieron ser detectadas por el juez si hubiese observado las normas penales; antes de haber hecho el reconocimiento, Pardo pudo haber explicado al juez cómo fue hecho este acto durante el procedimiento policial.

La Cámara sostiene que los dichos de Pardo relativos a la participación de la Sra. Rojo en los homicidios que se investigaban eran verosímiles. Contrariamente a lo dicho por ese tribunal, Chávez no realiza ninguna declaración vinculada a la verosimilitud de la versión dada por Pardo; ese carácter tampoco surge de modo alguno del reconoci-miento y del careo en el que Pardo participó, por lo que se trata de declaraciones pura-mente voluntaristas.-

La afirmación de que los dichos de Pardo contaban con respaldo probatorio es puramente voluntarista porque como siempre sostuvo la imputada, nada había en el ex-pediente que permitieran avalar esos dichos; nunca se acreditó, ni siquiera, que existiera la presunta instigadora, ni que Pardo hubiese recibido los $ 5.000, ni que haya tenido una fotografía de Aveiro, ni que hubiese llegado al lugar en taxi, ni que tuviese un celu-lar. O sea, nada había en el expediente que involucrara a la Sra. Rojo que no fuesen los dichos de Pardo, desde que nunca que acreditó que ni ella ni la Sra. Collado tuviesen ningún motivo para desear la muerte de Aveiro o de Vargas; nunca tuvo un vehículo como el descripto por Pardo, que su celular fue usado para comunicarse con él.

El razonamiento relativo a que el reconocimiento fotográfico de Pardo ante el tribunal no presenta ninguna irregularidad, a punto tal que la Cámara del Crimen lo in-corporó como elemento probatorio, tampoco responde a la lógica más simple; que un elemento probatorio se incorpore no quiere decir reconocer su regularidad; no tenía por qué pronunciarse sobre este punto, pues al decidir la situación de Pardo, la de Rojo ya había quedado resuelta; por lo demás, esa prueba no fue considerada en la condena a Pardo; por el contrario, el tribunal entendió que Pardo mató para asegurar el resultado del robo del auto y procurarse impunidad y no porque alguien le hubiese encargado los homicidios a cambio de un precio.

El tribunal afirma la regularidad del proceso en el posterior reconocimiento judi-cial y en el careo existente, pero como se dijo, esta prueba está fundada en una previa que fue incorporada de modo ilegítimo.

La afirmación que el reconocimiento y el careo están respaldados por los ele-mentos obrantes en el proceso es simplemente genérica, en tanto no se explica cuáles son tales elementos.-

El tribunal también afirma que el tiempo transcurrido en detención debe ser im-putado a la defensa de la actora a través de su estrategia defensiva tendiente a demostrar su inocencia en lugar de atacar los actos que habían determinado su detención. El argu-mento también es arbitrario porque se desentiende del derecho de defensa que tenía la Sra. Rojo en fijar su estrategia procesal. Esta sala tiene resuelto que no debe imputarse a la parte no haber recurrido el auto de procesamiento si la estrategia procesal la llevaba a concluir más rápido su situación sin apelar esa decisión. Además, el tribunal es contra-dictorio, pues al mismo tiempo que reconoce el derecho a defenderse se atribuye culpa en esa defensa. En el caso, la estrategia de la Sra. Rojo era la más adecuada; había que aportar prueba en contra puesto que el juez estaba porfiadamente convencido de su par-ticipación, merced a un reconocimiento irregular y supuestos hechos que no tenían res-paldo de ningún tipo.

La Cámara sostiene que no puede afirmarse que el convencimiento del juez era ?porfiado? aún después de la declaración de Pardo que revoca sus declaraciones anterio-res porque él estaba convencido. Aquí no está en discusión si el juez estaba o no con-vencido sino si ese convencimiento era razonable o porfiado.

La sentencia entiende que debe distinguirse entre sobreseídos y absueltos y cita en su apoyo lo resuelto por la Corte Federal en el caso ?Balda?. El argumento del tribu-nal encierra una contradicción, cual es que por un lado rechaza la distinción y por la otra la acepta implícitamente. Intentando superar la contradicción, en realidad, lo que parece decir es que aún cuando se admitiese el derecho a la reparación de quien fue sobreseído, ese derecho está condicionado a que se encuentre acreditada la irregularidad de la acti-vidad judicial.

Esta parte entiende que no hay que distinguir entre sobreseídos y absueltos; el sobreseimiento previsto en el art. 312 del CPP afirma que el sobreseimiento o la absolu-ción del imputado facultan al imputado a reclamar en la vía civil la indemnización del daño causado; en igual sentido se pronuncia la jurisprudencia. Tampoco cabe distinguir cuál haya sido la causa que dio origen al sobreseimiento, desde que el art. 312 no distin-gue, tal como lo afirma caracterizada doctrina.-

Por lo demás, surge del expediente penal que la Sra. Rojo solicitó el sobresei-miento en las dos oportunidades que tuvo para hacerlo: la primera, cuando había incor-porado la prueba que acreditaba que nada tenía que ver con la supuesta mujer de la que hablaba el Sr. Pardo; la segunda, luego que Pardo reconoció que ella no tenía nada que ver con el homicidio.-

No obstante toda esta prueba, el juez en lugar de dictar el sobreseimiento, mandó una falta de mérito; adviértase que esa decisión no es apelable, por lo que la Sra. Rojo hizo todo lo que dependía de su voluntad (rendir la prueba).

El tribunal no puede dejar de considerar la realidad preexistente: hasta su deten-ción la Sra. Rojo era una persona normal, simple, trabajadora, vivía con su familia, nun-ca había tenido problema alguno con la justicia. Cuando fue brutalmente sacada de este ámbito y separada de una beba que aún amamantaba y de sus otros dos hijos, creyó enloquecer. Cuando el juez Guiñazú dicta el auto de falta de mérito ya había estado en la cárcel durante más de ocho meses, acusada de haber pagado para que otro matara a dos personas. Obviamente, ante este descreimiento en la justicia lo único que deseaba era ser sobreseída definitivamente. La negativa a indemnizarla por esta razón lleva a conse-cuencias absurdas: hubiese sido preferible haber sido procesada y continuar detenida.

El tribunal tampoco tiene en cuenta que al sobreseerse la causa se dijo que el proceso no afectaba el honor del que hubiese gozado, pero como es obvio, esa declara-ción no le repara los tremendos daños causados por un sistema que funcionó decidida-mente mal, tanto en lo policial cuanto en lo judicial.

Lo más importante es que la inocencia de la Sra. Rojo ha sido reconocida en las dos sentencias que condenado a Pardo; así lo dijo expresamente la Cámara del Crimen (fs. 649 del expediente n° 2831) e implícitamente la segunda sentencia, cuando afirma que Pardo mató para ocultar el robo y no por encargo de terceras personas.-

El tribunal se aparta groseramente de las constancias de la causa cuando dice que la actora no peticionó que, en todo caso, se hiciera responsable al Estado por la violación del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. La afirmación supone no haber leído la demanda en la que expresamente se hizo mención a este fundamento.-

La sentencia recurrida se remite a lo resuelto por la Corte Federal en el caso ?Balda? y, al mismo tiempo, argumenta que la actividad judicial persigue un beneficio social.-

La fundamentación es contradictoria. Si la razón es que la actividad judicial per-sigue un beneficio social no cabría distinguir entre la actividad legislativa y la judicial y la ejecutiva y, consecuentemente, hay reparación cuando se trata de un daño de especial gravedad, que excede la tolerancia de lo que la vida en sociedad impone a todo ciudada-no. Lo fundamental es la injusticia del daño causado, tal como lo ha sostenido la juris-prudencia mendocina, pionera en este aspecto, en la causa ?Prieto?. Esa injusticia del daño sufrido también se visualiza en esta causa.-

III. TRES PRECEDENTES DE ESTA SALA.

Nuevamente, vuelve a esta Sala el tema de la reparación de los daños causados por detenciones operadas a través del sistema policial-judicial.

Resumiré tres precedentes. Dejo de lado el caso ?Prieto?, del 17/6/1991 (LS 221-445, publicado en ED 143-385), en tanto sólo abordó la cuestión del monto fijado en concepto de daño moral, y el caso ?Guerrero?, del 10/8/1998 (LS 282-20, publicado en Foro de Cuyo 33-201 y Voces Jurídicas 1998-6-154), citado por la sentencia recurrida, porque se trataba de un caso de responsabilidad personal de los jueces, no del Estado, y no guarda ninguna analogía con el daño derivado de la privación de la libertad, en tanto el error del sistema sólo había significado la pérdida de los intereses punitivos pactados a favor de un acreedor hipotecario.

A) Decisión del 30/7/2004, caso ?Russo Beraldo? (LS 339-179, publicada en Actualidad Jurídica de Mendoza 2005-460).

Esta causa presentó una particularidad: el actor fue condenado penalmente; la queja era que si el delito hubiese sido bien calificado en el auto de procesamiento él hubiese podido ser excarcelado.

El tribunal confirmó la decisión que rechazó la indemnización por el error judi-cial con diversos fundamentos. En definitiva, concluyó:

?La confirmatoria de la sentencia recurrida no supone contrariar ningún prece-dente de la Corte Federal, tribunal que, hasta ahora, nunca ha hecho lugar a los daños y perjuicios derivados de la prisión preventiva existiendo ulterior condena. El caso ?Rosa, Carlos? (1/11/1999, publicado en LL 2000-D-557, JA 2000-III-246 y ED 187-340), citado por el recurrente, no guarda sustancial analogía con el caso de autos, no sólo por-que el imputado fue absuelto (aunque por el beneficio de la duda), sino porque este agente de la policía había estado privado de su libertad durante cuatro años; el tribunal consideró que el mantenimiento de la medida cautelar en los dos primeros años de de-tención constituyó el producto del ejercicio regular del servicio de justicia; mas a partir de esos dos años, el procedimiento había excedido razonables pautas temporales; el tri-bunal valoró que después de los dos años, el imputado había peticionado reiteradamente la excarcelación, habiéndosele denegado por afirmaciones genéricas y dogmáticas que se contradecían con las concretas circunstancias de la causa. No es el caso de autos en el que, como dije, la excarcelación se concedió un mes después de la detención, se fijó una caución personal que el actor no recurrió teniendo una vía rápida para hacerlo, tampoco recurrió un primer pedido de sustitución denegado por el juez de primera instancia con el argumento que no podía modificar una garantía fijada por la Cámara de Apelaciones, y el imputado fue llevado a juicio oral a los diez meses de la denuncia policial

Por lo demás, en los casos más recientes, aún los votos de la Corte Nacional que abren la posibilidad de reparación en los supuestos de prisión preventiva continúan exi-giendo que la prisión preventiva se haya dictado en apartamiento palmario de los hechos comprobados de la causa, y de modo insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación (CSN, 11/6/1998, ?López Juan c/Provincia de Corrientes?, Fallos 321-1717; CSN 18/7/2002, ?Robles c/Provincia de Bs. As.?, Rev. de D. Adminis-trativo 2003-415 y Rev. de Responsabilidad civil y Seguros, 2002-V-pág. 68), circuns-tancia que, como he explicado, no se advierte en el caso a resolver.

(B) Decisión del 18/5/2005, causa ?Marchan Pereyra? (LS 351-18 publicada en Actualidad Jurídica de Mendoza 2005-1093).

La motivación de la sentencia contiene las siguientes argumentaciones:

?LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE FEDERAL Y DE ALGUNOS TRI-BUNALES INFERIORES. POSICIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL

1. La jurisprudencia restrictiva.

Hasta hace algunos años, la jurisprudencia de la Corte Federal fue decididamente negatoria de la indemnización de los daños causados por la prisión preventiva. Quizás el paradigma de esta tendencia sea la sentencia del 19/10/1995, recaída en el caso denomi-nado ?Balda, Miguel? (JA 1996-III-155; LL 1996-B-311, con nota de Bustamante Alsi-na, ?Responsabilidad del Estado por error judicial. El auto de prisión preventiva y la absolución?, y en Doc. Jud. 1996-1-993. Para una severa crítica a la doctrina mayoritaria del fallo, ver Carranza Latrubesse, Gustavo, ?Responsabilidad del Estado por su activi-dad lícita?, Bs. As., ed. A. Perrot, 1998, págs. 74 y ss, y en La doctrina de la Corte en el caso Balda, Foro de Córdoba, n° 42, 1997, pág. 33).

Obviamente, no faltaron tribunales inferiores que adhirieron al criterio restrictivo de la mayoría de la Corte (ver, entre otras, Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala III, 2/5/1997, LL 1998-B-56; ídem, sala I, 20/4/1989, ED 143-561; ídem., 21/10/1993, LL 1994-C-552).

Conforme a esta posición, la única excepción, el único caso que da lugar al dere-cho a la indemnización se configura cuando ha procedido el recurso de revisión de la cosa juzgada y quien fue condenado y privado de su libertad fue ulteriormente puesto en libertad en razón de esa revisión. Es el supuesto mencionado expresamente en el art. 10 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos y en numerosas constituciones y leyes provinciales (Para un muestreo de esas disposiciones ver, entre otros, Ibarlucia, Emilio, ?La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o a la revocación de la prisión preventiva?, ED 176-755; Agüero, Mirta N., ?Responsabilidad del Estado y de los magistrados por error judicial?, Bs. As., ed. Ad Hoc, 1995, págs. 35 y ss).

Esta jurisprudencia estaba fuertemente influenciada por las ideas expuestas por el maestro Marienhoff para quien sólo puede hablarse de error judicial que genera in-demnización si existe condena y posterior juicio de revisión que comprueba la inocencia (Marienhoff, Miguel, ?Tratado de derecho administrativo.?, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, t. IV, n° 1665 y ss ).

No obstante, el voto en minoría de los Dres. Fayt, Belluscio y Petracchi, en la causa ?Balda? abrió camino a la posición de apertura a la que me referiré enseguida.

2. Los ?nuevos vientos? y la apertura de la jurisprudencia a otros supuestos.

Un sector ampliamente mayoritario de la actual jurisprudencia y la doctrina na-cional afirma que como regla, el dictado de la prisión preventiva configura una facultad judicial sometida a pautas abiertas y, consecuentemente, si en abstracto, la decisión judi-cial encuadra en las previsiones legales, la ulterior declaración de inocencia, per se, es insuficiente para disponer la reparación de los daños causados; sin embargo, esa indem-nización es viable, además de los supuestos legal o constitucionalmente previstos en forma expresa, en otros fundados en principios generales de rango constitucional; esos casos son: (a) la dilación indebida de los procedimientos; (b) la arbitrariedad manifiesta del auto de procesamiento seguida de la ulterior absolución o sobreseimiento del impu-tado; (c) La prisión preventiva obedece a prueba ilegítimamente obtenida por la policía.

a) Morosidad judicial o indebida dilación de los procedimientos.

El leading case es la sentencia del la Corte Federal del 1/11/1999 recaída in re ?Rosa, Carlos? (LL 2000-D-557, JA 2000-III-246, con comentario de Mosset Iturraspe, Jorge, ?Daño injusto por prolongación indebida de la prisión preventiva?, y ED 187-340). En el caso, el imputado fue absuelto por el beneficio de la duda, pero había estado privado de su libertad durante cuatro años; la mayoría del tribunal consideró que el man-tenimiento de la medida cautelar en los dos primeros años de detención constituyó el producto del ejercicio regular del servicio de justicia; mas a partir de esos dos años, el procedimiento había excedido razonables pautas temporales. El tribunal valoró que des-pués de los dos años, el imputado había peticionado reiteradamente la excarcelación, habiéndosele denegado por afirmaciones genéricas y dogmáticas que se contradecían con las concretas circunstancias de la causa; también tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la dilación indebida de los procedimientos.

La solución cuenta con la adhesión de la prácticamente unanimidad de la doctri-na nacional (Ver, entre otros, Bossert, G., y Márquez Urtubey, Luis O., ?Indemnización por prisión preventiva ilegítima?, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Dr. Atilio A. Alterini, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 458; Mosset Itu-rraspe, Jorge, ?Responsabilidad por daños?, Bs. As., ed. Rubinzal, 1999, t. VII, pág. 75 y ss; Solimine, Marcelo, ?Compensación y reparación de la prisión preventiva frente a la condena, al sobreseimiento y a la absolución?, en Cuadernos de doctrina y jurispruden-cia penal, año V, n° 9 pág. 134; Ibarlucia, Emilio, ?La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o a la revocación de la prisión preventiva?, ED 176-755, aunque el autor sostiene que la solución integral debe provenir de una regulación legal, remedio que, señalo, ha sido seguido por los países europeos; ver, por ej., decreto n° 2000-1204 francés del 12/12/2000).

La incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a la Constitución Na-cional ya no debería dar lugar a discrepancias sobre la reparación de daños causados por la dilación indebida de los procedimientos seguidos con el imputado bajo prisión pre-ventiva, supuesto aceptado por la Corte Europea de Derechos Humanos hace ya muchos años (Ver, de mi autoría, ?Reparación de los daños causados por la prisión preventiva?, Rev. Jurisprudencia provincial, ed. Rubinzal, 1994 parte I, pág. 45).

b) Arbitrariedad manifiesta o error grosero del auto de procesamiento seguido de absolución o sobreseimiento.

Los votos de la Corte Nacional que abren la posibilidad de reparar los daños causados por la prisión preventiva aunque no exista indebida dilación de los procedi-mientos exigen, además de que el imputado haya sido finalmente absuelto, que la deten-ción se haya dispuesto en apartamiento palmario de los hechos comprobados de la cau-sa, y de modo insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplica-ción (CSN, 11/6/1998, ?López Juan c/Provincia de Corrientes?, Fallos 321-1717; CSN 18/7/2002, ?Robles c/Provincia de Bs. As.?, Rev. de D. Administrativo 2003-415 y Rev. de Responsabilidad civil y Seguros, 2002-V, pág. 68; conf. Cám. Nac. Fed. Contencio-so-administrativo, sala I, 31/3/2000, LL 2000-F-637, con nota de redacción, ?Responsa-bilidad del Estado por la actividad judicial?; ídem sala V., 19/6/2001, LL 2002-A-484, con nota de Cassagne, Juan Carlos, ?El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites?; S.C.Bs. As., 17/5/2000, La Ley Bs. As., 2000-1342 y ss.).

En realidad, esta excepción a la inmunidad del Estado había sido admitida por la Corte Federal hace casi veinte años, aunque finalmente la demanda se rechazó porque se consideró que la situación fáctica no se subsumía en los presupuestos exigidos (CSN, 4/11/1986, ED 122-345, con nota de Cassagne, Juan Carlos, ?La responsabilidad del Estado por error judicial?).

Ahora bien, para determinar si el auto de procesamiento es el resultado de error judicial grosero, si es arbitrario, o carece de sustento lógico, hay que tener en cuenta los elementos probatorios con los que el juez de instrucción contaba, y no los existentes en el plenario o debate, ya que el primero sólo necesita reunir medios de convicción sufi-cientes para estimar que existe un hecho delictuoso (ST Entre Ríos, 17/8/2004, La Ley Litoral 2005-1-37; en el caso, el Superior Tribunal provincial valoró, entre otras prue-bas, que el iure de enjuiciamiento había rechazado el pedido de destitución del magis-trado interviniente solicitado por la actora).

En estos últimos años, la Corte Nacional se muestra más flexible en la verifica-ción de esa arbitrariedad o error inexcusable. Así, por ej., se ha dispuesto que se debe indemnizar los daños sufridos por la privación de la libertad ambulatoria durante 2 años y 46 días ?si se acreditó suficientemente el cumplimiento irregular del servicio del per-sonal de la policía que tenía a su cargo la investigación del delito de tráfico de estupefa-cientes por el cual se lo acusó y del que fue absuelto, siendo que esas irregularidades surgen de la declaración de nulidad de la orden de allanamiento y de los actos que fue-ron consecuencia directa y necesaria de éste? (CSN 27/5/2004, ?Cura, Carlos A c/Provincia de Bs. As.?, Rev. Responsabilidad civil y seguros, 2004 n° 8 pág. 70).

Algunos autores coinciden con la solución, pero en una posición de mayor aper-tura, no exigen como requisito sine qua non que el imputado haya sido declarado ino-cente (Ver, entre otros, Bossert, G., y Márquez Urtubey, Luis O., ?Indemnización por prisión preventiva ilegítima?, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Home-naje al Dr. Atilio A. Alterini, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 468; Cafferata Nores, José I., y Hairabedián, Maximiliano, ?La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto?, en Pensamiento penal y criminológico, año II n° 2, 2001 pág. 257; entre otros argumentos, los juristas cordobeses afirman que limitar la indemnización a los casos de prueba de la inocencia es penar la sospecha)?.

c) Prisión preventiva fundada en prueba ilegítimamente obtenida por la policía.

Este supuesto se desarrollará más adelante, al analizar el precedente de esta Sala del 31/7/2006.

d) Otro requisito relevante, aunque no esencial. El agotamiento de los recursos ordinarios.

Esta jurisprudencia de apertura exige para la viabilidad de la reparación que ?las consecuencias perjudiciales no hayan podido hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento jurídico? (CSN, 3/12/1996, Fallos 319-2824; Conf. Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala I, 19/10/2004. Rev. Responsabilidad civil y seguros n° 11, 2005, pág. 55).

3. Posiciones doctrinales de mayor apertura.

El maestro Germán Bidart Campos propició una apertura aún mayor. Fundó su posición no sólo en las normas antes reseñadas, sino en el art. 9.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que prescribe: ?Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación?. Esta norma, explicó, a diferencia de la Convención Interamericana, apunta a una ?privación ilegal de la libertad, sin refe-rencia alguna a la sentencia o decisión que pueda haberla dispuesto erróneamente?. Más adelante expresa: ?Es verdad que la administración de justicia precisa, para ser impartida eficazmente, que en muchas causas penales una persona sea a veces privada transitoria-mente de su libertad; sin embargo, no queda duda que esa privación es una limitación fortísima al derecho a la libertad ambulatoria y a la presunción de inocencia. Soportar tan grave limitación puede ser necesario en ciertas situaciones para contribuir a la buena administración de la justicia penal, lo que conduce a admitir que las limitaciones razo-nables a los derechos son una premisa elemental de todo Derecho Constitucional demo-crático, porque ningún derecho es absoluto ni dispone de espacio para ejercerse antifun-cionalmente. Todo esto es verdad, pero también lo es que la circunstancia de que al momento de disponerse y cumplirse la prisión preventiva haya habido suficientemente 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 so-breseimiento o con la absolución, concurre mérito bastante para hacerle efectivo su de-recho a la reparación. Ello por el perjuicio irrogado a su libertad, consistente en haber estado temporalmente privado de ella. Si atendemos a una primera etapa procesal, no vacilamos en decir que hay que coadyuvar al ius persequendi y al ius poenendi, en con-junción con razones de seguridad y solidaridad social. Pero cuando en la etapa final del proceso penal sobreviene como verdad material u objetiva el sobreseimiento o la abso-lución de quien sufrió privación preventiva de la libertad y cooperó así con la adminis-tración de justicia, reaparece la idea madre?. ?No es menester suponer que cuando el derecho a la reparación se torna viable haya que negar la licitud originaria del acto judi-cial de prisión preventiva. Basta con admitir que después del sobreseimiento o la abso-lución aquella licitud, sin convertirse en ilicitud sobreviniente, ha de ceder frente a la prioridad axiológica del derecho a la libertad?. Y concluye: ?Damos por cierto que todo esto compone un repertorio general que no ha de aplicarse como una etiqueta a cada caso a todos sin discriminación alguna. Tal vez haya que distinguir, por ej., la reparación a que puede tener derecho quien obtiene sobreseimiento o absolución por el beneficio de la duda, de la que conviene otorgar cuando queda claramente probado que la autoría del delito no le es imputable al procesado? (Bidart Campos, Germán, ?¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de libertad??, en Rev. de Derecho de Daños n° 9 pág. 227 y ss, y en ?Tratado elemental de derecho constitucional argentino?, t. II A, Bs. As., ed. Ediar, 2003, pág. 200). (Creo que puede ubicarse en esta posición a Sagarna, Fernando A., ?La responsabilidad del Estado por la detención preventiva de personas?, LL 1996-E-890; Ghersi, Carlos, ?Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdic-cionales?, JA 1994-I-297; Mosset Iturraspe, Jorge, ?Daño injusto por prolongación in-debida de la prisión preventiva?, en JA 2000-III-246, entre otros).

Personalmente, desde el libro, en coautoría con Carlos Parellada, he adherido a una tesis razonablemente amplia en materia de indemnización de los daños causados por la prisión preventiva (?Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños deri-vados de la función judicial?, en Mosset Iturraspe y otros, ?Responsabilidad de los jue-ces y del estado por la actividad judicial?, Santa Fe, ed. Rubinzal, 1986, pág. 85). Sin embargo, del contexto de cuanto hemos escrito, surge que exigimos que de algún modo, en algún aspecto, el dictado de esa prisión presente rasgos de antijuridicidad, sea por la excesiva dilación del proceso, sea por la notoria arbitrariedad que presenta frente a las constancias de la causa, sea por requerir una declaración de inocencia manifiesta siendo insuficiente la duda, sea por la necesidad de haber agotado los recursos ordinarios razo-nablemente eficaces, etc.

EL ANÁLISIS DE LA CAUSA A LA LUZ DE LAS DOCTRINAS APERTU-RISTAS.

El esforzado recurrente no ha logrado acreditar la existencia del grave vicio de-nunciado; en otros términos, no ha demostrado que las sentencias de grado se aparten palmariamente de los cánones doctrinales y jurisprudenciales a los que dicen adherir (reglas que, insisto, el recurrente no discute y que, por otra parte, son las aceptadas por la Corte Federal). Explicaré por qué:

1. No está en juego el primer supuesto de reparabilidad. Aunque en algún mo-mento el imputado ha invocado la dilación indebida de los procedimientos (ver alegatos de primera instancia), no ha insistido en esta cuestión, ni la ha planteado como autóno-ma. Por lo demás, el expediente penal no muestra apartamiento palmario de los plazos procesales. Por lo tanto, la cuestión a resolver es si hay arbitrariedad de la sentencia que excluye a la actora del segundo supuesto de reparación (arbitrariedad manifiesta o error grosero del auto de procesamiento seguida de absolución o sobreseimiento).

2. El imputado fue sobreseído por la causal de prórroga extraordinaria de la ins-trucción; nada hay de arbitrario en sostener que ese auto no es prueba suficiente de la inocencia. Por lo tanto, no se da uno de los requisitos para hacer viable la indemniza-ción. Adviértase que aún la posición más aperturista, que niega a este requisito carácter necesario, lo valora como relevante, circunstancia que debilita el carácter arbitrario que se atribuye a la decisión que niega la indemnización.

3. El imputado consintió, sin discusión de ningún tipo, el auto que le negó la excarcelación cuatro días después de haber sido detenido. Ninguno de los argumentos que vierte en este escrito respecto a la errónea calificación de robo con armas (no se encontró el arma, se trataba de un juguete, la policía no hizo rastreo del lugar, etc.) fue esgrimido ante el juez de instrucción; por el contrario, en sede penal, su defensa se limi-tó a pedir que se citara al imputado a prestar declaración indagatoria, lo que ocurrió a los pocos días. En verdad, los argumentos en los que se fundaría el error de calificación no fueron invocados al demandar, ni al expresar agravios.

Es verdad, como he sostenido en diversas oportunidades en artículos doctrinales, que el consentimiento a la decisión judicial dañosa no siempre pone un valladar a la reparación pues muchas veces el recurso supone dilatar procedimientos que podrían concluir más rápido absteniéndose de impugnarla. Sin embargo, en este caso, la cuestión tiene incidencia pues advierto que la calificación del delito fue el elemento decisivo para rechazar al único pedido de excarcelación hecho por el imputado; por eso, en realidad, el planteo del actor presupone que esta Sala, a través de un recurso extraordinario, sin plan-teamiento expreso ante los tribunales de grado, afirme que la decisión que negó la ex-carcelación era arbitrariamente errónea en su calificación, siendo que esa resolución era esencialmente revisable penalmente (tanto por vía de apelación cuanto por nuevo plan-teo ante el propio juez de instrucción)?.

(C) Decisión del 31/7/2006, causa ?Poder Ejecutivo en j. Ríos c/Poder Ejecu-tivo? (LS 367-239, publicado en F.C. 74-86 y en La Ley Gran Cuyo 2006-1246, con nota de Correa, José L., Responsabilidad del Estado por irregular reconocimiento fotográfico policial).

En este caso, la responsabilidad atribuida al Estado obedeció al accionar policial. Los jueces de grado habían condenado y la recurrente era el Estado condenado. Allí se dijo:

?CARENCIA DE ARBITRARIEDAD MANIFIESTA RESPECTO AL AC-TUAR DE LA POLICÍA COMO CAUSA ADECUADA DEL DAÑO?.

1. Los precedentes de esta Sala

En otras ocasiones, esta Sala ha debido pronunciarse sobre los alcances de la obligación de reparar los daños sufridos por la prisión preventiva (Ver decisiones regis-tradas en LS 339-179 y LS 351-18). Sin embargo, esos precedentes no guardan sustan-cial analogía pues, como he relatado, el actor y la Cámara atribuyen causalmente los daños a la actuación de la policía, y no al error del tribunal.

2. La queja de la recurrente. Límites del recurso extraordinario.

La recurrente no ataca, en sí misma, la distinción de la Cámara de Apelaciones. Dicho en otros términos, no dice que debe aplicarse la tesis restrictiva de la reparación de los daños derivados de la prisión preventiva porque la causa es una decisión judicial finalmente errónea (posición asumida por el juez de primera instancia); por el contrario, apunta a que el accionar policial (que al que la Cámara le atribuye eficacia causal) no es causa adecuada del daño y afirma que la causa directa es el reconocimiento de los testi-gos en sede judicial, acto que fuera peticionado por la defensa del imputado.

La quejosa tampoco discute ni la existencia ni la calificación de dos hechos a los cuales el tribunal de grado atribuye carácter antijurídico: la incorporación de la fotogra-fía del actor al álbum de personas sospechosas no obstante carecer de todo tipo de ante-cedentes y el análisis de esas fotografías en forma conjunta por las testigos.

Dado, pues, este modo de ataque, independientemente del acierto o error de la distinción que funda el decisorio de la Cámara de Apelaciones, debo analizar si la sen-tencia es arbitraria, con el alcance antes indicado, en cuanto estima que la causa del daño ha sido el obrar antijurídico de la policía.

De cualquier modo, no puedo silenciar que la diferencia señalada en la sentencia impugnada entre actos judiciales y policiales está ínsita en los precedentes de la Corte Federal del 27/5/2004 (Ver Resp. civil y seguros 2004-70) y del 29/11/2005 (caso ?Ger-baudo c/Pvcia de Bs. As.?, Doc. Jud. 2006-1-518) en el que se responsabilizó al Estado como consecuencia de la privación de la libertad ambulatoria por haberse acreditado el cumplimiento irregular del servicio del personal de la policía que tenía a su cargo la investigación del delito de tráfico de estupefacientes del que fueron acusados los actores.

3. La Cámara de Apelaciones funda su decisión en lo resuelto en sede penal.

Cabe pues, analizar esa decisión para verificar si, como dice el recurren-te, el tribunal civil ha desinterpretado la justicia penal respecto a la antijuridici-dad y culpabilidad del actuar de la policía.

4. La lectura detenida y cuidadosa de la sentencia de fs. 152/155 del expediente penal, suscripta por unanimidad, muestra que no existe el apartamiento gro-sero denunciado por el quejoso. En efecto, aunque el juez que redacta los fundamentos, concluye absolviendo por la duda, luego de analizar individualmente cada prueba testi-monial, afirma categóricamente que: (a) cuando las testigos fueron citadas por la autori-dad policial a reconocer el complejo fotográfico que se les mostró, lo hicieron en forma conjunta y haciendo comentarios sobre las fotografías que se les mostraban; esta cir-cunstancia influyó en la percepción de las testigos para que luego lo reconocieran en sede judicial; (b) llama la atención la incorporación de la fotografía de Ríos en ese ál-bum desde que, normalmente, tales fotos pertenecen a sujetos con antecedentes penales que están prontuariados, y éste no es el caso; (c) No hay dudas de que el encartado Ríos se encontraba trabajando en el establecimiento habitual a la hora del asalto; de ello hay constancia no sólo por la firma de planilla sino también por los dichos de los numerosos testigos que han depuesto en la audiencia de debate.

5. Con esos presupuestos fácticos no puede afirmarse que el dictado de la pri-sión preventiva haya sido una consecuencia mediata no previsible del accionar de los policías.

En efecto, el personal administrativo sabe, o debiera saber, que la prueba reco-gida en sede policial es, normalmente, el elemento determinante de la declaración de culpabilidad o inocencia; de allí, la importancia de que sea prueba sea legítimamente obtenida, desde que la antijuridicidad de su adquisición generará, normalmente, la de la decisión judicial.

6. La prueba de la falsedad o no de la declaración policial.-

Es irrelevante para la decisión de la causa desde que el Estado no ha podido ex-plicar por qué la policía actuó del modo como lo hizo respecto de las dos conductas anti-jurídicas que se le atribuyen: incorporar la fotografía del actor al mentado libro y permi-tir la consulta conjunta, hechos ambos que, el recurrente no discute, son configurativos de una culpa grave.

IV. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LAS DECISIONES DE ESTA CORTE ANTES RESEÑADAS.

La jurisprudencia posterior sigue la misma dirección; no hay responsabilidad del Estado por los daños causados por la detención provisoria, salvo que se acredite que la medida cautelar no estaba suficientemente fundada en los hechos de la causa, o que ha existido una irrazonable dilación del procedimiento, o que proviene de prueba ilegíti-mamente obtenida.

El 8/5/2007 (?Puler c/Estado Nacional?, JA 2007-III-181 y Rev. del Foro 2007-37) la Corte Federal insistió en que no procede la indemnización de daños y perjuicios si el auto de prisión preventiva puesto en crisis encuentra sustento lógico suficiente en las constancias de la causa.

Con anterioridad, el 27/12/2005, en el caso ?Mollard? (LL 2006-A-609), por mayoría, en contra del dictamen del Procurador General, la Corte confirmó por la vía del art. 280 del CPCCN una decisión que negó el derecho a reparación a una persona que había sido detenida en Ezeiza un sábado, que fue liberada el lunes, y que resultó ser un homónimo de una persona que había sido puesta en la orden del día. La minoría, en cambio (Votos de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti), entendió que la persona debió ser reparada. ?El deber jurídico que pesa sobre todo ciudadano de tener que soportar la de-tención ordenada por la administración de justicia no puede llegar al extremo de aniqui-lar el derecho a la reparación posterior, menos cuando aquella detención no tuvo funda-mento razonable alguno, o se debió al simple error?. ?Es descalificable la sentencia que denegó al actor el derecho a ser resarcido por la privación de la libertad que sufrió bajo el argumento de que tuvo la mala suerte de que un homónimo suyo no compareciera ante un juzgado penal y debiera requerirse su captura, pues ello evidencia una compren-sión inadecuada del modo en que, en un estado de derecho, debe resolverse la tensión entre las facultades estatales para la investigación y la represión del delito y el derecho a la libertad de las personas, al par que importa trasladar al actor la inaceptable carga de tener que consentir calladamente las consecuencias de una desviada actuación estatal?. El voto minoritario fue aplaudido por el constitucionalista correntino Mario Midón: ?En ese esquema donde la mala suerte desplaza al derecho se introduce la singular idea de que una privación injustificada equivale a una carga pública y, por ende, un habitante de la Nación está llamado a sobrellevar con tolerada mansedumbre de vasallo este tipo de atropellos? (La mala suerte de una detención y la imposibilidad de su reparación, LL 2006-B-53).

Los tribunales inferiores han seguido esta doctrina. Así, por ej., se ha declarado ?improcedente imputar responsabilidad al Estado provincial por la duración de la priva-ción de la libertad de una persona que estuvo detenida y fue posteriormente sobreseída ya que el reconocimiento efectuado en rueda de personas, las dificultades en el análisis de la prueba de ADN y la complejidad de los hechos investigados, permite concluir que la medida se fundó en una apreciación razonable de los elementos de juicio existentes y en la aplicación de las normas procesales vigentes (Cám. Civ. y Com de Dolores, 27/11/2007, La Ley Bs. As., 2008-176).

Debe rechazarse la demanda por daños y perjuicios incoada por una persona que estuvo detenida en prisión preventiva y luego fue absuelta pues la resolución de la cá-mara de apelaciones en momento alguno descalificó la resolución del juez anterior en cuanto a la prisión preventiva decretada a su respecto, como así tampoco el valor pro-batorio de las pruebas recolectadas en orden a decretar el procesamiento, sino que concluyó en que aquellas eran suficientes para considerar al reclamante como prima facie partícipe secundario del delito imputado, máxime si con posterioridad a dicha re-solución a excarcelación fue concedida, una vez que el defensor la peticionó (Cám. Nac. Fed. Contencioso administrativo sala III, 19/12/2007, LL 2008-A-537).-

También se ha decidido que aunque en el mismo proceso, y por los recursos previstos en el ordenamiento procesal, se haya encontrado el medio para hacer cesar el daño, cabe hacer excepción a la regla según la cual no hay reparación del daño en estos casos, cuando el irregular ejercicio de la función judicial es tal que ha dado lugar, in-cluso, a la condena penal del magistrado (Cám. Fed. Contencioso-adminsitrativo sala IV, 6/12/2005, LL 2006-C-386).

Por no cumplir los recaudos de tal verosimilitud mínima, se ha hecho responsa-ble al Estado por ejercicio irregular de las funciones si, frente a lo mendaz que represen-ta una llamada anónima, un actuar razonable aconsejaba, tanto por parte de la Fiscal Federal como del Juez haber practicado las medidas de investigación mínimas, inmedia-tas o ineludibles para corroborar, aunque sea en parte, aquél llamado telefónico (Cám. Fed. de Mar del Plata, 13/9/2007, JA 2007-IV-189; en el caso, allanamiento al estudio de un abogado, sin verificación previa).

V. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS RESEÑADAS AL CASO A RE-SOLVER.

1. La cuestión a resolver según la jurisprudencia antes reseñada.

Los jueces de grado se han aferrado a la doctrina judicial del caso ?Balda?, pero como he señalado en los parágrafos anteriores, mucha agua pasó debajo del puente des-de entonces. Toda esa evolución posterior ha sido ignorada o silenciada por los jueces de grado.

Conforme la jurisprudencia dominante a la época de la sentencia recurrida (que es coincidente con la existente al momento de esta resolución), la cuestión a resolver es, entonces, si la detención de la señora Rojo y el tiempo que ella estuvo privada de liber-tad encuentra sustento lógico suficiente en las constancias de la causa penal.

2. Hechos que surgen de las constancias del juicio penal.-

La detenida lectura de las constancias del juicio penal me convencen que la de-tención de la Sra. Laura Celia Rojo durante más de ocho meses en la penitenciaría pro-vincial se apoyó, exclusivamente, en las declaraciones del imputado Pardo que recono-ció e identificó tres veces (en sede policial y judicial) a la persona que, según él, le había encomendado matar a su marido por un precio.

No he encontrado a lo largo de todo el proceso ninguna otra prueba, ni indicio, invocado ni por la policía, ni por el juez de instrucción.

Siendo así, la pregunta a responder es si en el caso, ?encuentra sustento lógico y suficiente una detención que dura más de ocho meses fundada, exclusivamente, en los dichos del otro imputado?.

3. La manifiesta carencia de razonabilidad de la detención.

No tengo ninguna duda sobre la notoria irrazonabilidad del tiempo de esta deten-ción más allá de 24 horas. Explicaré por qué:

(a) Con dificultades, me he puesto en la ?lógica? de la investigación policial. O sea, el punto de partida es que aunque dos personas fueron asesinadas y un auto fue ro-bado, el móvil del delito fue pasional. A partir de allí, entonces, se comienza por inves-tigar la vida privada de las víctimas (posponiendo, de alguna manera, la meta de los au-tores).

Por eso, desde el móvil pasional, aunque no corresponda al mismo sujeto (desde que inicialmente se daba por supuesto que el autor se tomaba venganza de las infideli-dades de la mujer asesinada) se le cree a un imputado, que se declara autor y relata una historia que incluye a una tercera persona, de sexo femenino, que le encarga matar a su esposo (o sea, se salta a la infidelidad del hombre asesinado).

Nunca se ha dicho, ni invocado, ni sospechado, que la Sra. Rojo haya tenido relaciones sexuales ni de ningún otro tipo con el Sr. Aveiro (una de las víctimas); tam-poco que haya tenido enemistad con Catalina Vargas (la otra víctima). Por eso, dentro de esa ?lógica? y dado que la Sra. Rojo fue buscada e investigada por ser amiga de la Sra. Estela Collado, la única manera racional de entender lo que sigue es que Rojo habría querido vengar las infidelidades sufridas por su amiga Estela, y a tal fin contrató a Pardo.

(b) La policía, y luego el juez, tenían frente a sí un imputado cuyo relato incluyó una serie de datos específicos: la mujer fue a buscarlo en un automóvil en dos ocasiones, posteriormente se encontró con ella en un conocido hotel de San Rafael; en ese hotel tuvieron relaciones sexuales; ella le proporcionó el arma y un celular de los cuales él se deshizo; le dio $ 5.000, y le prometió una importante suma de dinero que cobraría del seguro que dejaría el marido, etc. Quien confesaba su crimen declaró dedicarse a la bru-jería, y vivía a más de doscientos cincuenta Km. del domicilio de la persona presunta-mente instigadora.

(c) La pregunta es si esto bastaba para privar de su libertad a una persona por un tiempo superior a 24 horas. La conducta posterior de ambos estamentos (policial y judi-cial) prueba que ellos entendieron que como la mujer había sido reconocida por el impu-tado, había que detenerla y era ella quien debía aportar pruebas de su inocencia.

Tengo el convencimiento de que esta actitud no se condice con un Estado de Derecho. Para creer la descabellada historia y, de este modo, encontrar justificación al hecho que la sindicada como instigadora continuase detenida, un mínimo de razonabili-dad propio de una república que recepta un sistema constitucional penal de corte liberal, exigía que, al menos, se corroborara uno de los numerosos datos que conformaban el relato.

Constatar aunque sea uno de esos datos era absolutamente imprescindible y ne-cesario no sólo por las características del imputado-confeso, sino por las de la persona a la que se sindicaba como instigadora.

¿Qué sentido podía tener que una mujer, con tres hijos (uno pequeño que no había cumplido aún un año), una pareja estable, un empleo, sin antecedentes penales, procurara vengar a su amiga pagando asesinos? ¿Es fácil para una persona que trabaja en una empresa de servicios telefónicos reunir $ 5.000 si gana mensualmente algo me-nos de $ 1.000? Si el dinero fue provisto por la presunta mujer ultrajada en su honor por el marido o pareja infiel, ¿por qué no se profundizó la investigación respecto de la Sra. Collado, quien simplemente fue citada como testigo?

(d) Dado que el ?sistema? (policial y judicial) no había respondido con la lógica del Estado de Derecho, tengo claro que, para conseguir su libertad, la Sra. Rojo no tenía otro remedio que probar su inocencia.

(e) Fue lo que hizo, y las evidencias de su inocencia fueron contundentes: nunca estuvo en el hotel individualizado por el imputado (prueba muy fácil de obtener por la propia policía y por el juez; era suficiente citar a quien administra el hotel y pedir la ex-hibición de los libros pertinentes); nunca tuvo un automóvil, ni siquiera sabe manejar (prueba de fácil acceso para organismos del Estado, pues se trata simplemente de verifi-car si tiene carnet de conductor; adviértase que según el relato se había trasladado más de 200 Km para contratar un asesino a sueldo); nunca portó armas; los celulares que tenía a su nombre nunca fueron reportados como perdidos; a su amiga Estela no le con-venía la muerte del padre de su hijo, desde que era él quien lo mantenía; la víctima no tenía ningún seguro de vida, por lo que su muerte tampoco la beneficiaba; ninguna de estas personas tenía posibilidad económica de pagar $ 200.000 (las dos son mujeres de escasos recursos económicos), etc.

Tan inocente ha sido Rojo que las dos sentencias dictadas contra Pardo (la abso-lutoria y la condenatoria) descartan, de plano, la existencia de una instigadora.

4. Consecuencias de la manifiesta carencia de sustento lógico de la deten-ción.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Federal y de esta Sala antes reseñada, la carencia de sustento lógico de la detención importa la obligación del Estado de reparar los daños y perjuicios causados.

Sostener lo contrario implicaría admitir el absurdo que ?la justicia es una activi-dad riesgosa y que los riegos los asume el justiciable?; que la Sra. Rojo simplemente ?tuvo la mala suerte de haber sido individualizada por un paranoico y que es ella quien debe soportar ese daño pues así lo impone el llamado bien común?; que todos, por honestos y trabajadores que seamos, ?vivimos bajo libertad condicional?.

Las razones invocadas por las sentencias de grado no ponen valladar a esta con-clusión porque:

(a) En el caso, el sobreseimiento sucesivo a la prórroga extraordinaria tiene la especial particularidad de estar precedido de un cúmulo de prueba de la que surge la total inocencia de la actora.

(b) Como se ha explicado, no haber recurrido la decisión que mantuvo la prisión preventiva no pone un valladar insalvable a estas acciones.

(c) La dilación en la producción de la prueba durante el tiempo que la actora fue asistida por sus primeros abogados es un elemento para fijar la extensión de los daños reclamados, mas no para negar derecho a la reparación del perjuicio.

VI. CONCLUSIONES DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Por todo lo expuesto y si mi voto cuenta con la adhesión de mis distinguidos colegas de Sala, corresponde acoger el recurso de inconstitucionalidad.

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. ROMANO y PEREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, DIJO:

Dado el resultado al que se llega en la primera cuestión, corresponde analizar los daños y perjuicios reclamados y fijar su monto.-

1. Daño moral.-

a) La actora reclama $ 200.000.

b) En la sentencia del 31/7/2006 (LS 367-239, publicado en F.C. 74-86 y en La Ley Gran Cuyo 2006-1246) antes reseñada, se dijo:

?Sufrir prisión injustamente en las espantosas condiciones de nuestras cárceles implica un daño moral gravísimo. No obstante, dadas las dificultades en la determina-ción de este rubro, uno de los pocos remedios para no convertir los estrados tribunalicios en verdaderas ?ruletas? judiciales consiste en armonizar (o al menos, intentar hacerlo) los montos de condena con los fijados por otros tribunales del país, especialmente, con los liquidados por la Corte Federal en casos similares.

En este sentido, cabe recordar que en el caso G.296.XXXV. "Gerbaudo, José Luis c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios" resuelto el 29/11/2005 (Ver Doc. Jud. 2006-1-518), la Corte Federal fijó en $ 20.000 el daño moral sufrido por un hombre de 30 años, durante un año de detención ilegítima. Conforme lo decidido el 27/5/2004, in re ?Cura Carlos c/ Provincia de Bs. As.? se liquidó en $ 40.000 el daño moral padecido por una persona por una detención antijurídica durante dos años y 46 días (Rev. Resp. Civil y Seguros 2004-40). Más lejano en el tiempo, el 1/11/1999, in re ?Rosa Carlos c/ Estado Nacional? (JA 2000-III-246, LL 2000-D-557 y ED 187-340), condenó a pagar $ 85.000 en concepto de daño moral y material a una persona que había sufrido prisión preventiva durante cuatro años. Montos similares han establecido los tribunales inferiores; así por ej., el Tribunal Colegiado Civil 1° Nominación de Rosario, determinó el 1/12/2004 en $ 50.000 el daño moral sufrido durante 14 meses y 13 días de prisión ilegítima sufrida por una persona a la que se imputó los delitos de robo y vio-lación con gran difusión periodística?.

Sobre la base de estos precedentes y el dictamen del Sr. Procurador General, se redujo el monto fijado en las instancias inferiores ($ 90.000) a $ 35.000; a tal fin se dijo:

?Teniendo en consideración la edad del actor al momento de los hechos (24 años), el tiempo de detención (ocho meses), el daño psíquico padecido (ver pericial de fs. 147/149) y la duración de este proceso (comenzado en diciembre de 1999) entiendo que la suma de $ 35.000 armoniza equitativamente con los montos fijados por la Corte Federal, antes referidos. Esta suma se fija al momento de esta sentencia y devengará los intereses conforme lo establecido por esta Corte en el plenario del 12/9/2005 (publicado en La Ley Gran Cuyo 2005-912 y Foro de Cuyo 67-71).

c) Para mantener armonía con estos precedentes, entiendo justo y equitativo fijar en concepto de daño moral sufrido por la Sra. Rojo la suma de $ 60.000. He tomado especialmente en cuenta: (I) el tiempo transcurrido desde esos precedentes y la inflación de público y notorio del último año; (II) la duración de este proceso (comenzó en junio del año 2002) y (III) las especiales circunstancias del caso (una mujer de 36 años debe permanecer en la cárcel, durante más de ocho meses, sólo por haber sido acusada por una persona que confiesa ser un asesino y que se dedica a la brujería; la pérdida de la libertad la priva de su vida familiar con sus dos hijos y su pareja estable; su bebé debe compartir la tremenda situación de encierro; luego, por el hecho de terceros ?un motín? también es separada de su niño; pierde consideración pública al quedarse sin trabajo; sufre un daño psíquico probado por pericial).

2. Daño material.-

La actora ha solicitado $ 194.000 en concepto de daño lucro cesante y $ 20.000 como pérdida de la chance de jubilarse. Para llegar a la primera suma hizo un cálculo lineal de su sueldo y el tiempo restante para jubilarse, a los que descontó un porcentaje.- Entiendo que éste no es el método para calcular el lucro cesante.

No discuto que el despido reconoce su causa próxima en el proceso penal y, por eso, sin duda alguna, corresponde compensarle todos los sueldos que el empleador no pagó mientras ella estuvo en la cárcel. Sin embargo, no corresponde agregar en concepto de lucro cesante una suma equivalente a los salarios que podría haber percibido hasta el día de la jubilación (aún con el descuento hecho por la actora). En efecto, nada garantiza que la actora hubiese trabajado para la empresa telefónica hasta el día de la jubilación si no hubiese estado sometida a proceso. Lamentablemente, la realidad económica argenti-na muestra que esto es así, especialmente, si se tiene en cuenta que al poco tiempo de los hechos devino la debacle o crisis del 2001, que dejó a tanta gente sin trabajo.

Hay, en cambio, una chance que podría haber continuado en este puesto de tra-bajo. La circunstancia de haberle ofrecido un puesto en Mendoza cuando la empresa cerró la agencia en la que trabajaba en San Juan es un elemento para valorar que esa chance realmente existió, aún frente a la crisis que generó tanto desempleo. Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que se trata de una persona que aún hoy, y frente a la crisis, puede ingresar en el mercado de trabajo. Por eso, en función del sueldo que percibía por entonces (algo menos de $ 1.000 por mes), y los precedentes reseñados al tratar el daño moral, entiendo que resulta justo y equitativo valorar esa chance (en la que incluyo el rubro que la actora reclama como rubro independiente de ?chance de jubilar-se?) en la suma de $ 50.000.

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis distinguidos colegas de sala, corresponde condenar al Estado a pagar a la Sra. Laura Celia Rojo la suma de $ 110.000. Esta cantidad se fija al momento de esta sentencia y devengará los intereses conforme lo establecido por esta Corte en el plenario del 12/9/2005 (publicado en La Ley Gran Cuyo 2005-912 y Foro de Cuyo 67-71).

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. ROMANO y PEREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.-

A LA TERCERA CUESTION LA DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, DIJO:

Atento el resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que ante-ceden, corresponde imponer las costas de las instancias de grado y de esta sede a la parte demandada recurrida vencida (Arts. 36-I y 148 C.P.C.).

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. ROMANO y PEREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continua-ción se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 19 de mayo de 2.008.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

R E S U E L V E :

I.- Hacer lugar al recurso de Inconstitucionalidad interpuesto a fs. 21/74 de autos y, en consecuencia, anular las sentencias de fs. 411/429 y 325/331 de los autos N° 149.241/10.102 caratulados: ?ROJO LAURA CELIA C/PROVINCIA DE MENDOZA P/D. Y P.? y, en definitiva, condenar a la Provincia de Mendoza a pagar a la actora, en el plazo de DIEZ DÍAS de quedar firme la presente, la suma de pesos CIENTO DIEZ MIL ($ 110.000) a la fecha del pronunciamiento de la Suprema Corte, con más los intereses establecidos en el plenario del 12-09-2005, in re ?Amaya?.

II.- Imponer las costas de primera y segunda instancia y las de esta sede a la par-te demandada recurrida vencida.

III.- Regular los honorarios de primera instancia de la siguiente manera: Dres.: Gustavo MARON, en la suma de pesos NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA ($ 9.240); María Sara MARÓN, en la suma de pesos TRES MIL NOVECIENTOS SE-SETNTA ($ 3.960); Sergio TOHMÉ, en la suma de pesos SEIS MIL SEISCIENTOS ($ 6.600); Mario Dante ARANITI, en la suma de pesos CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTE ($ 4.620); Pedro GARCÍA ESPETXE, en la suma de pesos TRES MIL DOS-CIENTOS TREINTA Y CUATRO ($ 3.234) y Alejandro CUERVO, en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS DIECISIETE ($ 1.617) (Arts. 2, 3, 13 y 31 Ley 3641).

IV.- Regular los honorarios profesionales de la perito psicóloga Lic. Ana María VIDAL en la suma de pesos DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA ($ 2.750).

V:- Regular los honorarios de alzada de la siguiente manera: Dres.: María Sara MARÓN, en la suma de pesos CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA ($ 5.280); Sergio TOHMÉ, en la suma de pesos MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO ($ 1.584); Mario ARANITI, en la suma de pesos TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS ($ 3.696) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

VI.- Regular los honorarios por la actuación profesional cumplida en el trámite del recurso de Inconstitucionalidad, de la siguiente manera: Dres.: María Sara MARÓN, en la suma de pesos SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTE ($ 7.920); Sergio TOHMÉ, en la suma de pesos DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS ($ 2.376); Alejan-dro CUERVO, en la suma de pesos TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS ($ 3.696) y Pedro GARCÍA ESPETXE, en la suma de pesos MIL CIENTO OCHO ($ 1.108) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

VII.- Líbrese cheque a la orden del recurrente por la suma de pesos CIENTO SETENTA Y CINCO ($ 175), con imputación a la boleta de depósito obrante a fs. 1.-

Notifíquese.

mac