

## A C U E R D O

En la Ciudad de Morón, a los 25 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces integrantes de esta Sala I de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Morón, Doctores Fabián Cardoso, Diego Matías Grau, y Elisabet Miriam Fernández a fin de dictar resolución en la Causa N° 28959, caratulada "GRASSI, JULIO CESAR S/COMPUTO DE PENA" (procedente del Tribunal en lo Criminal N° 1 Departamental en la causa N° 2438). Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: CARDOSO - GRAU y en caso de disidencia la Dra. FERNÁNDEZ (art. 440 párrafo primero del C.P.P.).-

## A N T E C E D E N T E S

I. Que Julio Cesar Grassi fue condenado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 Departamental el día 10 de junio del año 2009 a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por los delitos de abuso sexual agravado por resultar sacerdote, encargado de la educación y de la guarda del menor víctima, reiterado en dos hechos en concurso real entre sí, que a su vez concurrieron formalmente con corrupción de menores agravada por su condición de encargado de la educación y de la guarda, según los hechos cometidos en fecha indeterminada, en la mañana de un día sábado o domingo de la última quincena del mes de noviembre de 1996 y el 7 de diciembre de 1996 en la localidad y partido de Hurlingham, en perjuicio de O. A. A. (ver fs. 4033/4747vta. de la causa 2438 que se tiene a la vista).

Que con fecha 14 de septiembre de 2010, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de esta Provincia de Buenos Aires, rechazó los recursos de casación interpuestos tanto por la Defensa y el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia indicada, como así también rechazó los recursos de las partes acusadoras -Ministerio Publico Fiscal y Particulares Damnificados- contra los veredictos absolutorios (cfte. 1484/1613 del Recurso de casación N° 38690 corriente por cuerda).

Luego con fecha 18 de septiembre de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, también resolvió rechazar los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por las partes, tanto del Sr. Defensor Particular, de Julio Cesar Grassi, como del Ministerio Público Fiscal y de los Particulares Damnificados (cfte. fs. 2188/2270vta. del mencionado recurso de casación).

En definitiva, la sentencia adquirió firmeza el día 21 de marzo de 2017, al expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la inadmisibilidad del recurso federal interpuesto por Julio Cesar Grassi (cfte. fs. 2418 del mismo recurso), y

consecuentemente se practicó por secretaría la certificación actuarial que estableció el cómputo de la pena (fs. 5355/5356 de los autos principales).

Quedó determinado entonces que la sanción impuesta a Julio Cesar Grassi vencerá el día 10 de agosto de 2026 y su caducidad registral el día 10 de agosto de 2036. Para ello se tuvieron en cuenta los tiempos que el imputado sufrió en prisión, y sin indicación de las fojas que así lo comunicaban, se informó que Julio Cesar Grassi estuvo detenido desde el día 23 de octubre de 2002 hasta el 21 de noviembre de 2002, fecha en la cual recuperó su libertad, resultando ser un total de 28 días de encierro. Luego fue detenido -con modalidad domiciliaria- el 7 de marzo de 2012 hasta el 31 de mayo de 2012, fecha en la que volvió a recuperar su libertad, resultando ser un total de 2 meses y 24 días. Luego resultó nuevamente detenido el día 23 de septiembre de 2013, y sujeto a la prisión preventiva se encuentra ininterrumpidamente hasta el presente.

Se dijo además que su situación resultaba alcanzada por el art. 7 de la Ley 24.390, vigente a la fecha de la comisión de los hechos, por lo cual se computó doble el tiempo posterior a los primeros dos años de encierro y hasta la firmeza de la sentencia -el 21 de marzo de 2017-.

En dicha inteligencia quedó aprobado el computo de la pena y se procedió a notificar de ello a todas la partes (decreto de fs. 5356), las que interpusieron distintas presentaciones.

II. Por un lado, el Dr. Juan Pablo Gallego en representación del CASACIDN interpuso a fs. 5363/5366 recurso de reposición con apelación en subsidio. Allí solicitó su revocación.

Dijo en primer lugar que fue apresurado haber realizado el cómputo de pena inmediatamente después de la firmeza de la condena, y que se incurrieron además en errores materiales al contabilizar días en libertad. Solicitó la incorporación de informes tanto respecto de los magistrados que lo tuvieron a su disposición, como del Registro Nacional de Reincidencia para que informe condenas o procesos en trámite.

Respecto del primer plazo de detención, dijo que Grassi no pudo haber sido detenido el día 23 de octubre de 2002, ya que ese día concurrió al canal 9 de televisión y se fugó mientras se filmaba. Para ello ofreció distintos testimonios.

En relación al segundo plazo de detención, manifestó que la modalidad domiciliaria que se le impuso, no constituyó ninguna restricción a su libertad, y destacó que la detención que cumple actualmente en la Unidad Carcelaria es solo aparente, ya que a su entender Grassi oficiaba como si fuera el Director, para lo cual también solicitó la incorporación de video filmaciones.

Por último, dijo que la Ley 24390 no resultaba de aplicación al caso, en tanto la demora en la finalización del proceso tuvo lugar merced a las articulaciones dilatorias de la defensa, o a la desidia judicial, o a las presiones del imputado dirigidas a torcer el rumbo de la administración de justicia.

En definitiva, solicitó que se haga lugar a la reposición, y en su defecto se conceda el recurso de apelación en subsidio.

III. A fs. 5369/vta. el Sr. Agente Fiscal, Dr. Mario Ravizzini, pidió la rectificación del cómputo de pena, en virtud de existir un error matemático en el conteo de los tiempos indicados, considerando que la pena impuesta a Grassi vencería el 15 de agosto de 2026.

IV. El Sr. Defensor Particular de Julio Cesar Grassi, Dr. Ricardo Walter Malvicini, interpuso a fs. 5377/5382 recurso de apelación.

Consideró que no se han computado como tiempos cumplidos en prisión, los plazos que Grassi estuvo sometido a la medida de coerción que dispone el art. 159 y 160 del CPP, es decir mientras gozó de la medida alternativa a la prisión preventiva, ya que su libertad quedó restringida a distintas obligaciones.

Dijo que las primeras restricciones impuestas consistieron en, presentarse el primer día hábil al órgano jurisdiccional; constituir domicilio real en el ámbito de la pcia. y fuera de cualquier sede o dependencia de la Fundación Felices los Niños; no ausentarse de su domicilio por un lapso mayor a 24 horas sin autorización jurisdiccional previa; no presentarse en las sedes o dependencias de la Fundación Felices los Niños, debiendo hacerlo en el horario de 8:30 a 18:30 horas y bajo la responsabilidad y acompañamiento de la persona que designe; no tener contacto con alguna persona menor de edad en lugares privados y a solas; no acercarse, ni referirse públicamente, ni comunicarse intencionalmente con las víctimas ni con cualquier otra persona vinculadas a ellas; y la promesa de someterse al proceso.

Destacó que a lo largo del proceso, se le fueron incrementando nuevas reglas de control como las que se ordenaron el 28 de diciembre de 2005, disponiendo que periódicamente y sin previo aviso, se controle el cumplimiento primario de las medidas de coerción, establecidas en su oportunidad. Manifestó que dichas medidas fueron verificadas a fs. 231/232, 234/235, 235/238, 258/259, 261/262, 279/282 del incidente de prisión preventiva.

Luego al momento de la sentencia de Primera Instancia, se le impuso además la prohibición de salir del país, y el 17 de septiembre de 2010 se le prohibió ingresar a la Fundación en cualquiera de sus sedes o dependencias.

Argumentó la defensa que las medidas excedieron con creces las denominadas “reservas mínimas para asegurar los fines del proceso” ya que la multiplicidad de restricciones impactaron sobre la libertad del imputado y que la medida alternativa a la prisión preventiva, opera como una medida de coerción de importante restricción a la libertad ambulatoria. Citó doctrina y jurisprudencia al respecto.

En definitiva dijo que Julio Cesar Grassi cumplió catorce años, cuatro meses y veintiocho días en prisión y por aplicación de la ley 24.390, cumplió veintiséis años, nueve meses y veintiséis días, por lo que debe disponerse su inmediata libertad.

V. El Dr. Sergio Daniel Piris, en representación del Particular Damnificado, O. A., interpuso a fs. 5383/5384vta. recurso de apelación. Allí, atacó el modo en que ha sido aplicado el art. 7 de la Ley 24390, pues solo resulta aplicable cuando la detención se mantiene ininterrumpida en el tiempo, no así durante períodos donde el imputado ha gozado de excarcelaciones. Dijo que estas consideraciones no guardaban relación alguna con el espíritu de la ley 24390, que fue sancionada en respuesta a la directiva del art. 7 parr. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyos fundamentos se ceñían a juzgar a toda persona detenida en un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

En consecuencia, manifestó que solo el último período de detención que corre desde el 23 de septiembre de 2013 hasta el 21 de marzo de 2017, debe ser alcanzado por la Ley 24390.

VI. Que en virtud del recurso de reposición interpuesto por el Dr. Gallego, se corrió traslado a todas las partes.

En primer lugar, el Sr. Agente Fiscal, contestó la vista a fs. 5398/vta., rechazando los planteos del letrado patrocinante, por considerar en síntesis, que los argumentos ensayados no se apoyaban en elementos de peso que así lo demuestren, sino que tan solo constituían planteos hipotéticos.

Que el Dr. Ricardo Malvicini, también a fs. 5401/5403 contestó el traslado que le fuera conferido, abordando primeramente dos cuestiones previas que promueven la improcedencia de la impugnación. Primero refirió que en la etapa de ejecución, el particular damnificado no tiene intervención procesal, y que el art. 498 del CPP establece que el cómputo de pena solo será notificado al Ministerio Público Fiscal, al interesado o su defensor quienes podrán interponer recurso de apelación. En ese sentido, manifestó que las notificaciones cursadas a los particulares damnificados resultaron improcedentes.

Por otro lado, y con sustento en los propios argumentos de los artículos 436 y 500 del CPP, entendió que el cómputo de pena es motivado y sustanciado, y ello

impide que pueda articularse una reposición como remedio procesal, tras lo cual indicó que el letrado particular debió haber considerado la rectificación del art. 109 del mismo código.

En forma supletoria, y al igual que el Sr. Agente Fiscal, consideró que no se explicaron cuáles fueron las razones de los planteos introducidos y que la recepción de pruebas no resulta procedente en esta etapa del procedimiento, siendo que además existen constancias en el expediente del cumplimiento de la detención de Grassi.

Por otro lado, señaló que su asistido ha cumplido cada una de las obligaciones impuestas en la medida alternativa a la prisión preventiva, y que la actual detención que cumple en la Unidad Carcelaria no resulta ser aparente como adujo el Dr. Gallego.

Por último destacó, que las articulaciones destinadas a dilatar el proceso, fueron inducidas por la propia parte que las indicó, y que los hechos fueron cometidos bajo la vigencia de la Ley 24390, por lo que resulta aplicable en pos de salvaguardar el principio de legalidad.

VII. Los Sres. Jueces del Tribunal a quo, resolvieron a fs. 5404/5411, rechazar parcialmente la reposición interpuesta y conceder los distintos recursos de apelación.

Respecto de aquellos argumentos invocados por el Dr. Gallego, en primer lugar entendieron que conforme el art. 500 del CPP., el cómputo de la pena resultó practicado en el momento procesal oportuno, es decir luego de haber adquirido firmeza el pronunciamiento de condena.

En relación a la producción de pruebas, consideraron que era normativamente improcedente y que además las constancias probatorias se encontraban incorporadas en la causa.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas durante el tiempo en que Grassi estuvo privado de su libertad bajo la modalidad domiciliaria, dijo el Tribunal que el condenado ha cumplido efectivamente con las mismas, y que no se han acreditado transgresiones a dichos compromisos.

En el mismo carril, destacaron que actualmente se encuentra detenido en la Unidad Carcelaria N° 41 de Campana y que tampoco se encuentra acreditado que el incuso se haya evadido o fugado.

Con ello, el Tribunal rechazó los argumentos del Dr. Gallego, pero advirtió un error material en el día en que Grassi fue formalmente detenido. Resultó entonces que fue aprehendido el día 24 de octubre de 2002 y no como quedó consignado el día 23 (cfr. fs. 258/vta. y 274), haciendo lugar por ello parcialmente al recurso de reposición, y concediendo la apelación en forma subsidiaria.

Por otro lado, también rechazaron las pretensiones de la defensa particular, ya que las notificaciones cursadas a los acusadores particulares, devienen de lo normado por el art. 82 del CPP. que prevé la facultad al órgano jurisdiccional de notificarlas cuando la situación del proceso así lo aconsejen. En el mismo sentido y con cita del inc. 7 del art. 79 del mismo código, sostuvieron también la posibilidad impugnativa del Particular Damnificado.

También sostuvieron que el recurso de reposición era procedente -en su forma- ya que el decreto que aprobó el computo de pena, es un acto procesal que se realizó sin sustanciación, es decir sin la posibilidad de contradicción entre las partes.

En definitiva, teniendo en cuenta la rectificación que invocó el Sr. Agente Fiscal, y lo desarrollado anteriormente en relación al día en que Grassi resultó detenido, dispusieron revocar el computo de pena y resolvieron de similar forma a la primera certificación actuarial, pero con los siguientes períodos de encierro: del día 24 de octubre de 2002 hasta el 21 de noviembre de 2002, cumplió 27 días; del 7 de marzo de 2012 hasta el 31 de mayo de 2012 en detención domiciliaria, cumplió 2 meses y 24 días; y finalmente desde el 23 de septiembre de 2013 en forma ininterrumpida hasta la actualidad. Que por aplicación de la ley 24.390, se computó doble el tiempo posterior a los primeros dos años de encierro y hasta la firmeza de la sentencia -el 21 de marzo de 2017-, por lo que sumados los distintos plazos, resultó que Grassi llevaba cumplido cinco años, siete meses y cuatro días de encierro. De esta manera, le restaban por cumplir, nueve años, cuatro meses y veintiséis días de prisión, por lo que la pena impuesta vencerá el 16 de agosto de 2026, y su caducidad registral operará el día 16 de agosto de 2036.

VIII. La defensa particular de Julio Cesar Grassi, volvió a interponer recurso de apelación contra la resolución que estableció un nuevo cómputo de pena (ver fs. 5424/5427).

Con sustento en los mismos argumentos otrora invocados, consideró improcedente el ingreso del Particular Damnificado al proceso de ejecución, porque el legislador no lo ha considerado como parte legitimada para recurrir conforme la manda de los arts. 498 y 500 del CPP., por lo que deviene imperativo declarar mal concedidos los recursos de los acusadores particulares.

En otro sentido, también destacó que el alcance de la “sustanciación” que establece el art. 436 del CPP, no debe interpretarse sobre aquellas resoluciones en que no se estableció previamente el contradictorio entre la partes. Argumentó que la reposición se limita a los meros decretos, y no a los autos que son motivados y fundados conforme la manda del art. 106 del CPP.

Por lo demás, y en relación al modo de contar los períodos en que su asistido cumplió con la medida alternativa a la prisión preventiva, y que no tuvo ningún desarrollo analítico por el Tribunal -ya que integró los fundamentos del primer recurso de apelación y no el de reposición- se remitió in totum a ellos.

En definitiva, solicitó que se declaren mal concedidos los recursos interpuestos por las contrarias partes, se practique un nuevo cómputo de pena con observancia de la norma civil y se aplique plenamente la ley 24.390.

IX. Concedidos que fueron los recursos de apelación (tanto a fs. 5434vta. y 5436), y elevados a esta Alzada, a fs. 5439/5440 el Dr. Juan Pablo Gallego presentó extemporáneamente ante el Tribunal en lo Criminal N° 1, un escrito por el que solicitaba la aplicación al caso, de la ley 27.362 y por la que conforme lo estatuido por el inc.2 de la mentada norma, sólo el condenado que estuviere privado de su libertad en forma preventiva durante la vigencia de la Ley 24390 podría gozar del cómputo doble.

Agregó a ello, lo establecido en el art. 3 de la citada ley 27362, por lo que lo dispuesto sería aplicable aún a las causas en trámite. En dicha inteligencia, refirió que debía adecuarse el cómputo de pena y descartarse el beneficio del cómputo privilegiado.

Ante ello, el Presidente del Tribunal a quo, mediante el decreto de fs. 5441 y sin resolver la cuestión peticionada, remitió dicha presentación a esta Alzada, en virtud de encontrarse radicados ante esta sede los recursos interpuestos contra el cómputo de pena.

Luego el Sr. Fiscal General Departamental a fs. 48 del presente, se notificó de la radicación y refirió a esta Sala que, en virtud de la solicitud del Dr. Gallego y la sanción de ley 27.362, debía devolverse el presente incidente al Tribunal de origen a fin de que se expida al respecto y se garantice la doble instancia.

Ante estos parámetros, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

#### C U E S T I O N E S

1°) ¿Resultan admisibles los recursos de apelación interpuestos por los Particulares Damnificados?

2°) ¿Resulta admisible el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Particular de Julio Cesar Grassi?

3°) ¿Fue correcto el modo en que el a quo contabilizó el período en que el condenado Julio Cesar Grassi estuvo sometido a la alternativa a la prisión preventiva?

4°) ¿Corresponde la aplicación del artículo 7 de la derogada ley 24.390?

5) ¿Resulta ajustado a derecho el cómputo practicado a fs. 5404/5411?

6°) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

#### V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: El Señor Juez Dr. Cardoso dijo:

A las exposiciones desarrolladas por el Dr. Malvicini que propugnan la improcedencia de las impugnaciones introducidas por los Particulares damnificados, tanto porque consideró primero que resultaba ilegítima su participación en esta etapa procesal, y segundo porque no resultaba posible la reposición contra el cómputo de pena puesto en crisis, considero en primer lugar que, tal como lo ordena el art. 81 del C.P.P., la intervención del particular damnificado en la etapa de ejecución se encuentra expresamente vedada, sin perjuicio de considerar que las notificaciones practicadas a las víctimas respecto de resoluciones que puedan adoptarse con posterioridad al dictado de una sentencia firme y pudiesen causar algún detrimento a sus derechos, resultarán justas y necesarias en casos como la presente, a fin de que el estado vele por su integridad física y psíquica, tal como fue resuelto en la causa 27.223 de este registro -resolución de fecha 26 de abril de 2016- (arg. art. 83 de C.P.P.).

Pero ello, no habilita a la interposición de los recursos de apelación procesalmente articulados, que de algún modo infieran la posibilidad de cambio alguno en las decisiones jurisdiccionales que se tomen, porque entiendo que la participación activa de la víctima en esta etapa del proceso, colisiona con los principios rectores de la resocialización de la pena, vulnerándose de ese modo las garantías constitucionales de aquel condenado que sufrirá un castigo indudable por el sometimiento a la sanción penal, por lo que en definitiva, considero que los recursos interpuestos por los Particulares Damnificados, deben ser declarados mal concedidos. Igual forma procede adoptar respecto de la reposición oportunamente interpuesta por el Dr. Gallego.

Por todo lo expuesto es que a la presente cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION: el Señor Juez Dr. Grau dijo:

En esta primera cuestión, habré de disentir con el colega que lidera el orden de votación, y ello por las razones que a continuación expondré, no sin antes decir que, por cuestiones metodológicas, lo haré tomando como guía la pretensión de dar respuesta a los interrogantes que formula el Sr. Defensor Particular.

a) Al primero de los planteos. Considero que el particular damnificado encuentra amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada



a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22). En primer lugar y en términos generales existe una obligación del Estado Parte de proveer a sus ciudadanos una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violentado (art. 25 de dicha convención).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicitado en sus fallos este principio, señalando que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso. Se requiere que el órgano jurisdiccional produzca una conclusión razonada sobre los reclamos y garantice su cumplimiento (Opinión consultiva OC-9, del 6/X/87). El término recurso al que alude la norma mencionada en su inc. 1, debe a mi criterio entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra adquiere en la legislación procesal; debe entenderse como “acceso pleno a la justicia”, el que debe ser adecuado y eficaz. De algún modo integra el precepto imperativo de la “tutela judicial efectiva”, desde que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, de incoar un proceso y de seguirlo, de obtener una sentencia o resolución motivada, a utilizar esos recursos más el derecho a que dicha sentencia se ejecute (art. 8.1 de la CADH).

En el mismo paradigma, nuestra Corte Nacional estableció que “Todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la Garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la C.N. sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución” (CSJN-Fallos, 128:539; y 268:266).

Va de suyo entonces que se garantiza a todos los litigantes el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento de que se trate, estableciéndose que el ofendido por el delito debe tener a su alcance el acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, debido proceso y el derecho al recurso; llegando incluso a inferirse la existencia en la comunidad académica de una tendencia a ampliar las facultades del querellante en el proceso penal, quedando atrás el carácter meramente adhesivo que lo unía con la actuación Fiscal.

No pretendo con lo expuesto desarrollar aquí un extenso análisis respecto a los derechos que le asiste a quien fue ofendido penalmente por un delito y se encuentra reclamando justicia, sino de hacer fluir una tendencia que muestra al afectado como a uno de los protagonistas, y que el sistema de interpretación de la norma debe ser consecuente, aunque siempre dentro de lo razonable, y teniendo como eje los fines

del sistema penal, más no otros que puedan desnaturalizar aquellos objetivos que siempre deben ser, en cuanto derivación racional del Derecho, acorde al respeto de los Derechos Fundamentales.

Y ello al punto es así, que la recientemente sancionada ley 27.372 dictada en el seno del Congreso de la Nación, ha venido a integrar esta corriente y a ratificar una vez más el compromiso que debe asumir el estado en protección de los derechos de las víctimas.

Los mecanismos superadores que la indicada normativa prevé aplicar en el ámbito de todo el país, invitando a las provincias a readecuar su legislación procesal a efectos de garantizar los derechos de las víctimas que se reconocen en la ley (art. 37), demuestran una vez más la voluntad del estado en mantener esos principios constitucionales acorde al derecho convencional.

b) De otra parte, aunque en sintonía con los postulados mencionados, la propuesta de la defensa -aunque sin invocación del art. 81 del C.P.P.- resulta insuficiente para inhabilitar los recursos, ya que -sin abrir juicio sobre los reales alcances que podría tener la actividad del particular damnificado en la etapa de ejecución- la presente situación se nos muestra de un modo en el que las razones del recurrente se desvincularían del estadio procesal en el que nos encontramos.

Y digo esto, porque es doctrina reiterada del Tribunal de Casación Penal de esta Pcia., en sentido concordante con el invariable parecer de la Suprema Corte de Justicia, que, en materia de admisibilidad de recursos extraordinarios, la resolución que resuelve el cómputo de pena debe asimilarse a la sentencia definitiva desde que posee aptitud para modificar el contenido de la condena alterando las expectativas de las partes respecto de sus alcances concretos (Sala I, causa n° 1235 "Enriquez, Mario"; Sala II, causa N° 6706 "Ramirez Segovia"; Sala IV, causa N° 55087 "B., P. A. S/Recurso de casación; y Causas P. 42080, P. 59.997, P. 60429 de la S.C.J entre muchas otras).

En ese orden de ideas, la fijación del tiempo real de pena que un condenado deba cumplir importaría la individualización de la concreta reacción estatal.

Y esa complementariedad, es decir, que el cómputo de pena pueda interpretarse como parte integrante de la sentencia, dado que como proceso puede modificar la sanción y con ello las expectativas de los interesados, nos situaría dentro de las limitaciones de la condena propiamente dicha, y con ello se autorizarían verdaderos y legítimos permisos para las partes que actuaron en oportunidad del debate.

Entonces, y si bien en clave normativa, la redacción del art. 81 del C.P.P. parece impedir la intervención de los interesados en la etapa de ejecución, y más allá de que

esta cuestión esté hoy sujeta a debate, no parece prudente, bajo el prisma de la amplitud de derechos que la lógica constitucional propone, que se opte por una visión restrictiva, y menos cuando es del caso que al permitirnos una simple profundización en el concepto, el razonamiento nos derive en que aún no estaríamos en la etapa de ejecución propiamente dicha, pues todavía no se ha fijado en forma inconvencional cuál ha de ser el monto al que asciende en tiempo real de encierro.

Entiendo con todo ello que impedir a los particulares damnificados actuar sobre el cómputo de la pena, colisiona con el acceso pleno a la justicia, que -reitero- comprende el derecho de recurrir a los tribunales sin limitaciones arbitrarias, de incoar e instar un proceso y de seguirlo, de obtener una sentencia o resolución motivada, a transitar la vía recursiva, más el derecho a que dicha sentencia se ejecute.

Lo expuesto por el a quo al apoyarse en los arts. 82 y 79 inc. 7 del C.P.P., resultó por demás correcto, e incluso se complementa con las habilitaciones dispuestas en el artículo 86 inc. 4 del mismo código, todo lo cual sella a mi juicio en modo adverso la suerte de quien una solución distinta pretende.

Vale decir que -y esto lo expongo por honestidad intelectual- la participación activa de la víctima no debe tampoco neutralizar otros derechos de igual jerarquía constitucional, sino que la labor debe armonizar ambos sin menoscabo de uno. Y en ese análisis no encuentro vulneración que permita acoger al argumento de la defensa, más aún tampoco advierto agravio alguno en su queja que demuestre en qué forma se han conculcado los derechos de su asistido; argumento que parece respaldarse en un análisis meramente normativista, lejano de aquel que entiendo se impone en un estado de Derecho actual.

c) La reposición interpuesta por el Dr. Gallego al cómputo de pena.

Brevemente diré que, el art. 436 del C.P.P. habilita por la vía de reposición, a impugnar resoluciones dictadas sin sustanciación, es decir de aquellas en las que las partes no hayan tenido con anterioridad al pronunciamiento de la resolución, oportunidad alguna de exponer sus razones o argumentos.

Conviene destacar por ello que en general, los decretos o las providencias simples son impugnables mediante esta vía, pues a su dictado no media sustanciación al respecto, y también pueden serlo los autos interlocutorios simples en los que tampoco se hayan escuchado a la partes, lo que si habilitaría la interposición de recurso.

En definitiva, el cómputo que vino recurrido por la parte -en reposición con apelación en subsidio-, resultaba susceptible de ser atacado por esta vía, ya que no medió traslado anterior a las partes para que se expidieran al respecto, y al

encontrarse fundado, resultó formalmente admisible, y en consecuencia bien concedida la apelación en subsidio articulada, por lo que tampoco procede hacer lugar al planteo del Sr. Defensor Particular.

Considero entonces conforme a los puntos, que los recursos interpuestos por los particulares damnificados deben ser admitidos, pues además han sido deducidos en tiempo y forma, contra una resolución que expresamente resulta susceptible de ser recurrida por la vía elegida (artículos 421, 441, 442 y 500 del CPP).

En tal sentido VOTA POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Fernández dijo:

A ésta primera cuestión, habré de adherirme al voto del Dr. Cardoso, ya que además de compartir sus fundamentos, considero en primer lugar, que por imperio constitucional nos está vedado legislar, y por otro lado, porque entiendo que aunque la tendencia moderna intente otorgar mayores derechos a las víctimas de hechos injustos, en un Estado Republicano el límite imponible que gobierna la aplicación de las normas impuestas, resulta ser el del artículo 121 de la Constitución Nacional.

Por ello, a esta cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION: el Señor Juez Dr. Cardoso dijo:

El recurso de apelación interpuesto por el Dr. Malvicini, ha sido deducido en tiempo y forma por quien tienen derecho y se encuentra legitimado para hacerlo, y contra una resolución que expresamente resulta susceptible de ser recurrida por recurso de apelación, por lo que sin más debe ser admitido (artículos 421, 441, 442 y 500 del CPP).

Por todo lo expuesto es que a la presente cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTION: el Señor Juez Dr. Grau dijo: Adhiero a lo propuesto por mi colega preopinante, Dr. Cardoso, por lo que voto por la AFIRMATIVA.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Fernández dijo: En igual sentido, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA TERCERA CUESTION: el Señor Juez Dr. Cardoso dijo:

Una de las cuestiones centrales a analizar, es determinar si el tiempo en que Julio Cesar Grassi estuvo sometido a la denominada alternativa a la prisión preventiva -y que el Tribunal de origen destacó como período en libertad- debe computarse o no como cumplimiento de pena, bajo las previsiones del art. 24 del Código Penal.

Corresponde señalar primero que el criterio expuesto por la instancia en el cómputo de pena -sin desarrollo a esos fines-, brindó una interpretación al contabilizar aquellos plazos como tiempo en libertad, y sirvió de andamiaje para dar un acabado marco sobre el cual expedirse, competencia que habilitó a esta Alzada la impugnación interpuesta por la defensa particular de Grassi, cuyos argumentos y agravios corresponderá resolver.

La decisión del día 21 de noviembre de 2002 por la que Julio Cesar Grassi obtuvo su libertad (ver resolución de fs. 53/68vta. del incidente de solicitud de prisión preventiva), lo fue por aplicación de los artículos 144, 159 y 160 del Código Procesal Penal, y mediante lo ordenado en el punto II de dicho resolutorio, se dispuso como medida de coerción a los efectos de asegurar el normal sometimiento al proceso, la aplicación de las siguientes obligaciones: "...a) presentarse el primer día hábil de cada mes ante éste Juzgado o ante el órgano jurisdiccional interviniente, b) constituir domicilio real en el ámbito de esta provincia y fuera de cualquier sede o dependencia de la fundación Felices los Niños, c) la prohibición de ausentarse de su domicilio por un lapso mayor a las 24 horas, sin autorización jurisdiccional previa, d) el compromiso de no presentarse sólo en las sedes o dependencias de la Fundación Felices los Niños, debiendo hacerlo en el horario de 8:30 a 18:30 hs y bajo la responsabilidad y acompañamiento de la persona que él designe (pudiendo a su vez, el cuidador, delegar su función en un tercero), quien quedará sujeta a la previa aprobación de la suscripta y deberá concurrir a labrar acta de estilo, e) la prohibición de tener contacto con alguna persona menor de edad, en lugares privados y a solas, f) la exigencia de no acercarse, referirse públicamente, no comunicarse intencionalmente con las víctimas, ni con cualquier otra persona íntimamente vinculada a ellas g) la promesa de someterse al proceso".

En tal situación se mantuvo Grassi a lo largo de casi la totalidad del proceso hasta el día 23 de septiembre de 2013, fecha en la que -mediando ya tres pronunciamientos de condena- y previa intervención del fiscal, se ordenó su detención y alojamiento en Unidad Carcelaria (ver resolución de fs. 78/80 del incidente de detención). Conviene destacar de todas formas que con anterioridad al dictado de la coerción que lo mantuvo en encierro, ya mediaba un pronunciamiento de esta Alzada del día 18 de abril de 2013, en el que se había dispuesto proceder a la detención de Grassi, resolución que se fundaba en el incumplimiento de sus obligaciones, particularmente por haberse referido públicamente a una de sus víctimas.

De todas formas entre el 7 de marzo y el 31 de mayo de 2012 estuvo sometido brevemente a una detención domiciliaria, situación que fue invalidada por esta Sala, devolviendo al ahora condenado al estado anterior en el que se encontraba (ver

resoluciones de fs. 546/550 y 847/849vta. del incidente de detención en siete cuerpos).

También debe mencionarse que durante todo el proceso, existieron pedidos de las partes acusadoras para revocar su libertad, ello en atención a causas estrictamente relacionadas con incumplimientos a los compromisos asumidos, y por otro lado porque, para dichos actores, resultaba ineludible analizar las previsiones del art. 371 del C.P.P.

Resta informar que tanto al momento de la primera condena -10-6-2009- como del fallo del Tribunal de Casación Penal de esta Provincia, que la confirmó -14-9-2010-, se sumaron nuevas obligaciones para Grassi que le prohibían salir del país e ingresar a la fundación “Felices los Niños” (ver punto III de la sentencia -fs. 4745vta. y 4756, y resolución de fs. 24/29 del incidente de detención).

Ahora bien, las medidas alternativas a la prisión, configuraron un avance significativo para lograr que el encarcelamiento preventivo fuera el último recurso cautelar, brindándole al Juez la posibilidad de elegir de entre un amplio conjunto de medidas procesales menos gravosas, la que mejor se adecue a cada caso en particular, garantizando así el principio de la libertad que rige como regla general en toda investigación criminal.

El Código Procesal Penal de esta provincia las ubicó en las disposiciones de los artículos 159, 160 y 163 (esta última norma sin perjuicio de llevar el nombre de atenuación de la coerción, se erige en el mismo camino garantizador de los derechos individuales), las que de acuerdo a un método gradual, va agravando y restringiendo la libertad locomotiva. De hecho pueden percibirse hasta distintas formas de imponer una alternativa, como las del art. 159 que contempla alguna técnica o sistema electrónico o computarizado para su control, o las del art. 160 que al disponerse la libertad del imputado quedará sujeto a las condiciones que la propia norma reglamenta.

En este sentido, la morigeración o atenuación resulta ser la más grave de aquellas al modelar el instituto bajo una prisión domiciliaria o un encarcelamiento con salidas, motivo por el cual entiendo que son más restrictivas respecto de la libertad que las alternativas primeramente indicadas. Con este paréntesis, resulta además esclarecedor afirmar que existen infinidad de casos en los que las restricciones a la libertad, importan verdaderamente un encarcelamiento preventivo no evidenciándose diferencias con la prisión preventiva.

De allí entonces, estimo que las libertades que se conceden como medidas alternativas, no deben computarse como encierro cautelar, y solo aquella coerción

que importe verdadero encarcelamiento o que ontológicamente pueda asemejarse a una prisión preventiva, será contabilizada en los términos del art. 24 del Código Penal.

Bajo estos parámetros, considero que las obligaciones a las que fue sometido Julio César Grassi -las que transcribí en párrafos anteriores- no implicaron realmente un menoscabo a su libertad ambulatoria, sin perjuicio de haber sido controlado periódicamente por el órgano encargado al efecto, ya que ello, constituía un deber jurisdiccional y porque además el incumplimiento de tales obligaciones, podría acarrear la revocación del instituto y el consecuente dictado de la detención, tal como se dispuso en el momento procesal oportuno, resolución en la que me expedí en el primer orden de votación (cfr. Resolución de fs. 1136/1141 del incidente de detención en siete cuerpos del 18 de abril de 2013).

De tal suerte, la alternativa a la prisión preventiva -o libertad provisoria y libertad vigilada como fue mencionada en las tantas resoluciones que incursionaron en este expediente-, si bien limitó de alguna forma la libertad de Grassi al someterlo al proceso bajo los compromisos asumidos, como también resultaría respecto de quien que se halla en libertad y se encuentra sometido al proceso bajo las reglas generales, no presentó tampoco aristas que pudieran asimilarse a una prisión domiciliaria, ergo tampoco a un encarcelamiento provisorio.

Nótese además que desde una óptica técnica y formalista, y a modo de armonizar los conceptos que vengo desarrollando, el dictado de la detención y la consecuente prisión preventiva, resultaban inescindibles como consecuencia de la revocación de la medida alternativa para ejecutar el encierro cautelar, situación que resulta ser distinta en otros casos como en la morigeración de la coerción donde la prisión preventiva se encuentra ya vigente pero de forma atenuada.

Concluyo en definitiva con todo lo expuesto que, el tiempo en que Julio César Grassi estuvo en libertad cumpliendo la medida alternativa a la prisión preventiva, no puede ser computado como cumplimiento de pena, y solo el período en que estuvo sometido a encierro preventivo será válido a los fines que informa el art. 24 del Código Penal, de tal modo que también corresponde incluir el tiempo de detención domiciliaria.

En tal sentido, a esta tercera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA TERCERA CUESTION: el Señor Juez Dr. Grau dijo:

Que adhiero en lo sustancial a la conclusión a la que arriba el Sr. Juez que me precede en orden de votación, pero sólo en relación a los términos de la cuestión sometida a estudio, pues ciertamente entiendo que el tiempo en que Julio Cesar Grassi estuvo en libertad, y bajo la forma de una medida alternativa a la prisión preventiva, no puede ser computado como cumplimiento de pena, ni ser incluido en

cómputo alguno, compartiendo así sus razones en lo que atañe a este tópico; más no en aquellas que a mi juicio exceden a la pregunta propuesta, como lo es la afirmación que en relación al art. 24 del C.P. enuncia, desde que, como se verá al abordar el punto siguiente, me conmueve una solución distinta.

Por lo que a esta misma cuestión VOTA POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA TERCERA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Fernández dijo: Que por compartir lo expuesto por el Dr. Cardoso, VOTA POR LA AFIRMATIVA.

A LA CUARTA CUESTION: el Señor Juez Dr. Cardoso dijo:

La siguiente cuestión, al igual que la anterior, tampoco ha sido desarrollada in extenso por parte del Tribunal de origen, siendo que sólo se limitó a exponer la aplicación automática del art. 7 de la ley 24.390 en su redacción original, al referir que la detención sufrida por Grassi se encontraba alcanzada por dicha normativa -vigente al momento de los hechos- y en esa inteligencia computó doble el período posterior a los primeros dos años de prisión.

Por otro lado, tampoco dio expreso tratamiento a la adecuación solicitada por el Dr. Gallego respecto de la recientemente sancionada ley 27.362 -presentación extemporánea que introdujo a fs. 5439/5440 de la causa principal-, y que el Sr. Fiscal General invocó pretendiendo que el a quo se expidiera nuevamente para no vulnerar la doble instancia.

En primer lugar, una nueva valoración por parte del Tribunal en lo Criminal N° 1 respecto de aquello que dio por demás entendido, ya que lo fue como indiqué -de forma casi automática- y que el mismo Ministerio Público Fiscal no opuso reparos en considerarlo de otro modo, afectaría la administración de justicia y el sano juicio con que deben conducirse los Magistrados, pues en honor a los principios que regulan el debido proceso, no debiera exigírseles otro tratamiento distinto del que ya plasmaron en este cómputo de pena, y menos aún con la ya intervención de éste órgano superior que integro.

De todas formas, esta situación peculiar y extemporánea respecto del planteo efectuado por el actor cuya participación consideré que quedaba excluida y a la que el Dr. Nieva Woodgate se sumó en aras de una mejor economía procesal, me persuade a fin de expedirme en relación al modo de aplicarse los artículos 7 y 8 de la ley 24.390, ya que una solución se nos exige de acuerdo a los planteados acontecimientos, y subsanar aquellas omisiones que no tuvieron respuesta.

La aparición en juego de la nueva ley 27.362, sancionada a los 10 días del mes mayo del corriente año (en cuanto a lo que aquí interesa, es decir conforme lo reglado



en el art. 2), e independientemente del marco social en el que se promulgó y que es de público conocimiento, vino a integrar de algún modo un criterio judicial de una minoría de jueces, que se traslucía de los distintos fallos que la jurisprudencia nacional y provincial nos venía brindando desde la sanción de la ley 25.430 -que modificó la ley 24.390 y con ello derogó el conteo doble de la prisión preventiva.

Y digo minoría, ya que tan solo con hacer un repaso de los fallos destacables que se aportaron en la materia, se logró materializar un criterio distinto y uniforme que se aparta de los lineamientos “interpretativos” que destaca el art. 3 de la ley 27.362, y que nos ha marcado una posición adecuada y correcta, la cual he asumido a lo largo de estos años al expedirme reiteradas veces en relación al tópico “dos por uno”.

En tal sentido, a casi un año de la abrogación de la ley 24.390, el Tribunal de Casación Penal de esta Provincia de Buenos Aires, se expidió mediante Acuerdo Plenario N° 8446 y 8814, el 16 de mayo del año 2002, sentando una decisión que habría de adoptarse en cuanto al alcance temporal de la derogada ley 24.390 y hasta que estadio procesal se extendía el privilegiado cómputo.

A poco que se analice el citado fallo, pueden desprenderse distintas formas de análisis que modificaban la aplicación de la norma, pero la conclusión definitiva que prevaleció por sobre los demás votos, fue la que estableció lo siguiente “Que las disposiciones de la ley 24.390 resultan aplicables a imputados y condenados detenidos por hechos cometidos durante su vigencia, comenzando el abono de la prisión preventiva a partir del día de la aprehensión del imputado y el distinto cómputo de ese tiempo desde el momento en que se exceden los dos años de detención hasta la medianoche del día en el que la sentencia condenatoria que adquiere firmeza, aunque sea con posterioridad a la derogación de la ley mencionada, convierte el encierro en pena.”.

Luego de un intenso debate, las razones fundamentales que contribuyeron a forjar esa determinación, se ciñeron particularmente al principio de legalidad, con arreglo a que la ley penal rige sólo los hechos cometidos a partir del momento de su entrada en vigor hasta el de su derogación, y que la retroactividad y ultractividad de la ley penal se impone por la benignidad de la que resulta ser más favorable al condenado. También se destacó el carácter material que detentaban las normas de la ley en tanto implicaban directamente al monto de la pena, pues modificaban el artículo 24 del Código Penal.

Otro fallo de suma relevancia, fue “Arce, Enrique Herminio S/homicidio agravado al ser cometido con ensañamiento, etc. –causa N° 5531-”, del 1 de abril de

2008, en el que la Corte Suprema de la Nación hizo suyos los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General, a cuyos términos se remitió.

Estas conclusiones desarrolladas por el entonces procurador general, Dr. Esteban Righi, y que presentan conceptos enriquecedores tanto por su contenido como por la simpleza con las que se explican, definían que "...la vigencia de una ley no depende de que en un caso concreto se encuentren presentes sus presupuestos fácticos y jurídicos de aplicación. A modo ejemplo, el artículo 62 del Código Penal es ley vigente aún cuando no hayan transcurrido los plazos previstos en esa norma, y cualquier modificación posterior de esos plazos en perjuicio del imputado sería inaplicable retroactivamente en virtud del principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Si de acuerdo entonces con lo que se viene diciendo, el artículo 7 de la ley 24.390 era ley vigente en el momento del hecho, la aplicación retroactiva de la ley 25.430, que derogó esa norma, se halla vedada por el principio constitucional mencionado en atención al carácter material que -en mi opinión- ostentan las reglas de cómputo de la prisión preventiva. Mas aún, tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se considerara que revisten carácter procedimental (cf. RIGHI, Derecho penal, Lexis Nexis Buenos Aires, 2007, p. 86)".

De tal suerte y concluyendo con mi decisión bajo esta línea de pensamiento, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa N° 15060, con fecha 3 de agosto de 2012 resolvió un caso similar al que se nos presenta, es decir respecto de un condenado por hechos que cometió en plena vigencia de la ley 24.390, pero fue detenido preventivamente luego de su derogación, es decir bajo la aplicación de la ley 25.430.

Del pertinente voto del Doctor Gustavo Hornos, puedo destacar la cita que invoca el argumento "Las reglas del cómputo doble, practicado a partir del segundo año de encierro cautelar, deben ser aplicadas aún cuando a la fecha en que el imputado fue detenido, la normativa menos gravosa ya se encontraba derogada por la ley n° 25.430 (B.O. 1 de junio de 2001); pues el criterio expuesto se corresponde con la modalidad de imputación de la privación de la libertad ya sufrida por el condenado más beneficiosa que ordena la ley n° 24.390 en su anterior redacción, en relación al artículo 24 de nuestro Código Penal, y que resulta aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de Código Penal en cuanto establece, en lo ahora pertinente, que "si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará la más benigna...". En igual sentido se expidió el segundo votante, el Doctor Juan Carlos Geminiani, explicando que "...cabe entonces concluir que no es óbice para la aplicación del cómputo beneficioso previsto en el art. 7° de la ley 24.390, que al tiempo de su derogación por

su homónima 25.430, el imputado no se hallase detenido, por cuanto el irrestricto respecto del principio de ultractividad de la ley anterior más benigna, nos permite concluir que al efecto basta con que a la fecha de la comisión del delito que puso en marcha la maquinaria judicial, se encuentre vigente la primera...”.

En dicha inteligencia, si una persona fue acusada por un hecho ocurrido con anterioridad al 10 de junio de 2001 y no haber sido detenida antes de esa fecha por los motivos que fuere, ello no impide que de ser condenada, pueda ser beneficiada por el art. 7 de la ley 24.390 luego de transcurridos dos años en prisión preventiva.

En definitiva, voto esta cuestión en el entendimiento de que debe aplicarse al caso, plenamente el art. 7 de la ley 24.390 en su redacción primigenia, y hasta el momento en que la sentencia pasó a ser cosa juzgada, tal como quedó establecido por el Tribunal de origen, solución que encuentra fuerza en la convicción de las razones que expuse, y además impide por aquello de la irretroactividad de la ley, aplicar la gravosa adecuación de la ley 27.362 que como quedó desarrollado, tampoco integra ni ratifica una jurisprudencia mayoritaria.

Y a modo de cierre creo que, independientemente de la equivocada o desacertada redacción que llevó a los legisladores nacionales a sancionar la ley 24.390, en cierto modo garantizadora de las convenciones internacionales que fueron incorporadas en la última reforma constitucional, en un estado de derecho no puede escindirse de los principios básicos y fundamentales que por imperio de la ley estoy llamado a aplicar, y una posición en contrario por aquello del defecto en la norma, atentaría contra mis propias convicciones.

En tal sentido, a esta cuarta cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA CUARTA CUESTION: el Señor Juez Dr. Grau dijo:

I.) Que en relación a este interrogante he de proponer al acuerdo un abordaje distinto al desarrollado por el Dr. Cardoso, desde que las constancias de la causa permiten -a mi entender- justificar otra conclusión, la que considero más adecuada y justa, sin restar valor, por cierto, a la doctrina citada por mi colega preopinante, ni a las diversas opiniones que en la materia parecen suscitarse.

Para comenzar debo decir que no puede pasar desapercibido que Julio César Grassi fue detenido tras varios años de gozar de una alternativa a la prisión preventiva –que como se dijo en la cuestión anterior no puede sostenerse que, en sentido estricto, deba traducirse en el silogismo como privación de su libertad-.

Que la detención dispuesta el día 23 de septiembre de 2013 fue fundada en la presencia del riesgo procesal de fuga, requisito que los Sres. Jueces integrantes del

Tribunal en lo Criminal Nro. 1, y previa instancia fiscal, encontraron presente a partir de la sostenida sentencia del Máximo Tribunal provincial (véanse fs. 78/80 del incidente de detención).

Y a poco que se repare en los fundamentos de la medida –hablo de aquella que autorizó el encierro que ininterrumpidamente lo vincula hasta la fecha-, emerge en forma autoevidente que la proyección de posible fuga la entendieron verificada tras tres pronunciamientos de condena, siendo que esa fue la causa eficiente que los llevó a procurar asegurar los fines del proceso, desde que entendieron, a esa altura, que la mínima posibilidad de revertir lo dispuesto por los dos estamentos recursivos que le siguieron al de origen, mostraba inconciliable mantener a Grassi bajo la misma situación procesal en la que se mantuvo durante prácticamente todo el desarrollo del proceso, es decir, en libertad.

Ese mismo proceso, sujeto al necesario análisis de la presencia de proporción de medios y fines, se verificó también en el auto que siguió al que ordenó la detención, que ya en esa ocasión, y bajo la denominación de prisión preventiva, mostró a la resolución de los magistrados erigida desde bases que, con conclusiones propias de un razonamiento jurídico válido y autosuficiente, no pareció identificable con la generalidad de las decisiones de similar tenor que se dictan en los procesos penales –y así lo destacaron-, en cuanto debieron adecuar los alcances del marco reglado para el dictado de una coerción provisoria, a un supuesto en el que ya se contaba con sentencia condenatoria confirmada por dos órganos Superiores (fs. 8/12 del incidente de prisión preventiva).

Véase que en aquel auto el Tribunal a quo supo expresar que “existe una situación distinta y diferente en el dictado del presente auto, ello así desde que –precisamente- el dictado de la prisión preventiva siempre lo es, con anterioridad al dictado del veredicto y por ello, a esta altura, hablamos de prueba y no de <<elementos de convicción suficientes o indicios vehementes>>...”, para luego, en ocasión de redactar la parte dispositiva, ordenar “...se regularice en la medida cautelar bajo la denominación de Prisión Preventiva...”.

Se promueve, por así decirlo, que poco espacio al desarrollo de una reflexión razonable y prudente le daríamos al problema si priváramos a nuestro juicio de algunos detalles que en el universo de lo fáctico reclaman protagonismo.

Viene al caso una cita que, aunque en alguna medida nos plantea algo evidente, merece en ocasiones –como ésta- su destacado, pues de suyo que reducir cualquier faena a una consideración abstracta pueda derivar en una solución injusta. Recordaba entonces que “...Lo único que determina la esencia y la objetiva rectitud del imperio prudencial, es la realidad, ipsa res, que es la norma única de toda actividad

cognoscitiva e imperativa (...) El contenido de una decisión normativa, no se hace prudente porque la voluntad esté firmemente orientada a la justicia, sino porque el que va a tomar esa decisión, conoce realmente la situación concreta que ella va a regular y sabe valorarla con rectitud, en función de los principios y las normas universales que esa situación requiere. La norma del imperio prudencial no es la afirmación de la justicia por parte de la voluntad, sino el conocimiento verdadero de la realidad (...) el que ignora como son verdaderamente las cosas no puede en rigor decidir nada justo..." (Martínez Doral, José María, "La Estructura del Conocimiento Jurídico", Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pág 107).

Esta distinción –que supera lo que puede otorgarse en gracia a la semántica y la textura abierta del lenguaje, desde que ingresa incluso en su misma ontología- se traduce en el primer exponente que en este sufragio he de destacar, pues a la luz de la forma y oportunidad en la que se desarrollaron los actos jurídicos que para esta intervención tienen relevancia, podemos decir que, por un lado, más allá del nomen iuris, el auto que ordenó el encierro no es equiparable en un todo con lo que pueda por convención significar la expresión prisión preventiva, cuestión ésta que puede demostrar que la situación de Grassi no sería de aquellas que se tuvieron en cuenta al consensuarse la letra de la ley 24.390 -en su primera versión, la vigente para el caso en razón de la fecha de comisión del hecho-. Y por otro, que se ha garantizado la presunción de inocencia hasta lugares cercanos al límite de lo razonable, al mantenerlo en libertad hasta prácticamente la última instancia recursiva, presupuesto de validez –la razonabilidad- que se reconoce en este caso sólo cuando se conjuga con el postulado que, del modo atendido, ciertamente impidió que el proceso –fenómeno asumido por la comunidad científica como generador de males- trascendiese sobre el por entonces condenado no firme con un mayor nivel de incidencia en los bienes humanos básicos de los que, como todo ciudadano, es titular; y que por ende lo descartan –a mi humilde entender- como posible acreedor de los beneficios de una previsión normativa que fue concebida para otros casos.

La conformación de un juicio sobre aspectos tan delicados merece un proceso de adjudicación de los elementos normativos que el instituto reclama en cuanto estos posean consonancia con la exteriorización material que el fenómeno bajo análisis entrega.

Así vemos que, y tal como se dijo en el fallo dictado en Causa P. 87.013 de la SCJPBA, prisión preventiva sería todo encierro antes de una sentencia firme, aspecto que mostraría en principio zanjada al menos por vía de precedente la cuestión, empero ello no alcanza para abastecer el otro requisito que en el tema sometido al análisis viene implícito, que es la identificación de esa medida –la que concretamente

se ordenó en esta causa- con las que pudieron ser tenidas en cuenta en el análisis teleológico que dio vida al instituto del cómputo privilegiado.

Y resulta que en aquella decisión del Máximo tribunal Provincial, la detención de la persona vinculada a la causa tuvo lugar, como es del corriente –salvo excepciones- previo al dictado de la sentencia que luego fue recurrida, cuestión esta que, más allá del peso que en algunos aspectos puedan tener las reflexiones de los Sres. Ministros, muestran que no nos encontraríamos ante un supuesto claramente identificable con el que motiva este acuerdo, cuestión que, bajo el tamiz de la teoría de los precedentes, conlleva la relativización de su alcance como regla que deba guiar el razonamiento jurídico en este proceso, cuestión de la que hablaremos más adelante.

Me permito, antes de terminar este punto, y en clave de dejar en evidencia la imposibilidad de abordar el conflicto desde una mirada tradicional, que no puede soslayarse que en la especie se llegó a lugares poco habituales la proyección de un riesgo procesal neutralizable por vías menos gravosas, por lo que sólo un juicio apresurado permitiría sostener que lo que se viene diciendo tribute en forma desproporcionada al nivel de disposición de los bienes humanos básicos que toda persona sometida a proceso pueda enarbolar.

Más aún si nos detenemos a contemplar que en forma constante, y con un estándar probatorio que puede ser menor –desde que la probabilidad y/o apariencia de responsabilidad lo autoriza-, miles de personas se encuentran privadas de su libertad bajo la forma de la prisión preventiva, pero en cambio en esta ocasión, donde el estándar de conocimiento fue evidentemente mayor -pues para la emisión de una condena se requiere certeza, la que incluso fue confirmada por la alzada, y para ese entonces pasó por el tamiz del máximo Tribunal provincial-, no parece adecuado tratar como sinónimo –tanto sea por su eficacia como trascendencia procesal, más la intención de mantener una idea de igualdad- a supuestos que se exteriorizan de forma diferente. Deviene a mi juicio en un proceso inacabado, desde la óptica de la lógica formal y material, proponer una única fórmula de abordaje a todo lo que pueda por nombre parecer similar; y menos aún si ésta se integra por ideas a priori que, como intento decir, promueven un silogismo erróneo, el que en otra epistemología podría hallar la verdad, al menos conceptual, de aquello que estamos tratando.

Si construyésemos puentes es posible que unos sirvan para sortear el curso de agua para el que fue pensado, pero en otros casos, si usamos los mismos planos, nos encontraremos con que algunos de ellos serán cortos y otros largos. El largo superará el río, pero desperdiciaremos material –por caso sería desproporcionado, e irrazonable-, y con el corto no se cumpliría con el fin para el que la cosa fue concebida.

Tendría forma de puente, pero no nos permitiría cruzar, que ese su razón de ser y lo que permite individualizarlo como aquello que su denominación transmite.

Decir en este caso concreto que la privación efectiva de la libertad antes de que el condenado viera firma su sentencia es una Prisión Preventiva, pueda ser, por lo que he desarrollado, una forma de regularizar –como lo entendieron los miembros del Tribunal de origen- la situación del por entonces imputado, pero no lo transforma por completo -en tanto fue incompleto el proceso de adjudicación antes mencionado- en el fenómeno jurídico que convencionalmente debiera quedarle a medida para alcanzar lo propuesto. Y en todo caso, a la luz de definiciones que nos han precedido, deba admitirse al menos, que, por no superar una identificación absoluta -y especialmente con el presupuesto para habilitar el conteo doble-, las afirmaciones ingresen en un espacio de penumbra -énfasis añadido-.

II.) Sin embargo, no es en lo desarrollado en el apartado anterior, como puede inferirse, el lugar donde aparece el dato concluyente que permita alcanzar la decisión que pretendo fundar sobre la pregunta que debo responder, desde que es, por decirlo de algún modo, más complejo.

El razonamiento jurídico lejos está de ser sucedáneo de alguna forma de pensamiento libre. El juez debe bajo el amparo de la propia Constitución y el *ius cogens*, decidir –a la par de la imparcialidad y demás mandatos indiscutidos- con una inviolable independencia de criterio, pero ésta se ve sometida a la conciencia jurídica, y de allí que no se encuentre absolutamente despojada de límites.

Ese razonamiento jurídico se integra necesariamente con reglas, las que según la posición que en la teoría general adopte cada interprete, podrán componerse con normas y precedentes; pudiendo incluirse desde una visión no positivista a los valores –en cuanto sustancia de los principios, y por tanto traducibles en mandatos de optimización-, lo que sin temor puedo decir en ese aparato conceptual ocupan un lugar de singular importancia.

Schauer –por nombrar a un teórico que ubico dentro del positivismo incluyente, y cuya obra es actualmente muy reconocida-, en ocasión de introducirnos en la formas variadas del razonamiento asociado al sistema jurídico, se permitió explorar “...la toma de decisiones a partir de reglas, el tratamiento de ciertas fuentes como autoritativas, el respeto por los precedentes aun cuando parecieran derivar consecuencias inadecuadas, el dar relevancia a la carga de la prueba y el acostumbrarse a las cuestiones jurisdiccionales...”.

Sin embargo, aclara "...el derecho no puede ser visto de manera plausible como un sistema cerrado, del modo en que podría serlo un juego como el ajedrez. Todas las jugadas de una partida de ajedrez pueden fundarse en las reglas del ajedrez, pero no todos los pasos de un argumento jurídico o una toma de decisiones en el ámbito del derecho pueden fundarse en normas jurídicas. No solo la ley depende de numerosas habilidades además de aquellas entendidas explícitamente como jurídicas, sino que está inevitable y especialmente conectada a la complejidad impredecible de la condición humana..." (Schauer, Frederick, "Pensar como un abogado, una Nueva introducción al razonamiento jurídico" –Traducción de Tobías J. Schleider-, Marcial Pons, Madrid, 2013, Pág. 21.

Y es en dicha faena, la de hallar lo que pueda, o no, ingresar en el universo de aquello que complete la conciencia jurídica, vemos que no es éste precisamente el momento histórico más adecuado como para animarnos a un juicio asertivo sobre la presencia de reglas vigentes relacionadas al tema que nos toca decidir. Por el contrario, no sería desacertado decir que hoy día transitamos un momento en que lo que pudo ser hasta hace poco tiempo doctrina legal –para los que tengan para sí que ello en verdad existe en nuestro sistema- parece merecer alguna suerte de reinención.

En buen romance, una situación como la planteada en este caso, es decir que se desvincula de los casos comprendidos en la derogada ley, lleva a analizar si en la jurisprudencia pueda encontrarse una solución que opere como guía de esta resolución. En ese análisis se puede encontrar que actualmente parece no existir una doctrina legal que pueda consolidar un criterio definido en la materia, y ello principalmente por existir pronunciamientos dictados recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se encuentran en conflicto con las leyes actualmente vigentes, que exigen verificar el encierro preventivo al momento en que la ley 24.390 se encontraba vigente -como requisito para acceder al privilegiado cómputo-.

El fallo Muiña de la CSJN del 3 de mayo de 2017 pudo dar las bases de una línea argumental a seguir por los Tribunales inferiores, empero, a poco de su dictado, el Congreso de la Nación emitió una norma (Ley 27.362) que dejó en potencia ciertos postulados que se exteriorizan en la decisión judicial mencionada, al margen de si consideremos que pueda, o no, tener efecto retroactivo.

Esta cuestión fue incorporada a la discusión en este proceso, por uno de los acusadores particulares -cuya participación en esta etapa recursiva quedó excluida por mayoría al tratar la primera cuestión, decisión a la que me someto por aceptar el resultado de la votación, pero insisto en no compartirla- y a modo de adhesión por el



Sr. Fiscal General (cfr. fs. 41/42 y 48 respectivamente), planteos que muestran que, sin necesidad de salir de este expediente, hay operadores del sistema que entienden que la interpretación genuina enunciada por los legisladores abarcaría a todos los delitos, no solo los de lesa humanidad.

Pero con todo, y permitiéndome un lenguaje llano, es evidente que en materia de vigencia, forma de aplicación, y alcances, el cómputo privilegiado –incluso, como dije, para algunos alcanzable a los delitos que no sean considerados de lesa humanidad- es por demás confuso, y por consiguiente -e insisto que a mi modesto modo de ver- impide decir con seriedad que se reconozca una doctrina obligatoria, como tampoco un marco reglado normativo que resuelva el problema que debemos en esta ocasión disolver.

Basta con mostrar lo decidido, luego de la intervención de la CSJN en el tema en cuestión, por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (Causa CFP 14217/2003/TO1/128/CFC77, caratulada: "Astiz, Alfredo Ignacio y otros s/recurso de casación").

Por ello, y nuevamente bajo el prisma de la teoría del precedente, es complejo -a punto de ser insuperable- integrar a ese razonamiento jurídico con precedentes verticales, ni siquiera de la Corte Provincial -por su data es muy anterior a la decisión actual, y además no se identifican con el caso aquí ventilado-, por lo que en todo caso las reflexiones pueden servir como materia argumentativa, pero no como definitivos per se del tema.

Así las cosas, “el concepto clave es la racionalidad: a la luz del mismo, la sujeción al precedente perderá justificación cuando solo se sustente en lo que Bentham denomina <<falacia a la innovación>>, consistente en el rechazo de toda nueva medida simplemente porque es nueva y que se da de la mano con otros sofismas que discurren en idéntica dirección, también tratados por Bentham al hablar de las falacias de autoridad (...) Esa racionalidad supone que todo juez llamado a decidir un caso cuya materia ha sido resuelta en fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un <<test de fundamentación racional>>, y <<decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente. Por tanto, el Juez no debe aceptar, en cierto modo, ciegamente el precedente. No solo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión realmente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico>>” –énfasis añadido- (extraído de

Sodero, Eduardo, "Sobre el cambio de los precedentes", artículo publicado en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, España, Nro. 21 de Octubre de 2004, pág. 226/227; también puede consultarse en Revista Ideas y Derecho, de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, número 4, año 2004, pág. 226/227).

Como vemos, entonces, no sería una conclusión falaz la que transmita que a esta altura la realidad normativa más la pluralidad de posiciones que se verifican luego del fenómeno que generó la reacción legislativa, autorice no solo concluir en la relativización de la fuerza vinculante de todo cuanto pudo hasta la fecha haberse dicho sobre el tema bajo estudio, sino que también parece reclamar un proceso dialógico intersubjetivo que, nutrido de notas propias de lo que pretenda ser racional, pueda mostrar conclusiones que sirvan de guía.

Y es así que, incluso reconociendo valor, en cuanto forma de proveer a la seguridad jurídica, a lo expuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, cuando sostuvo que: "...El criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema -en ausencia de argumentos novedosos que conduzcan a una resolución diversa- debe seguirse por los demás tribunales como forma de evitar un dispendio que conspire contra el buen servicio de justicia" (S.C.B.A, Ac. L. 97.091, 08/08/2007, "Da Rosa Pacheco, Angela Rosa contra Rioship S.A. y Provincia A.R.T. S.A. Cobro indemnización Ley 24.557); la particular situación que en este proceso se ventila –no identificable en un todo con los presupuestos fácticos de decisiones anteriores-, más la expresión normativa que parece intentar modificar una concepción arraigada en los Tribunales, lleva a la necesaria búsqueda con base en la conciencia jurídica de la solución más justa, sin que, como dije antes, pueda una decisión anterior resolver acabadamente la cuestión que convoca a este acuerdo.

Y esto se sostiene teniendo presente incluso que el Tribunal de Casación supo emitir -como nos recuerda el Dr. Cardoso-, en fecha 16 de mayo de 2002, un acuerdo plenario que tuvo como norte llegar a una conclusión sobre cómo debía interpretarse el alcance temporal de la ley 24.390 y su modificatoria (ley 25.430), como así también hasta qué estadio debía extenderse el cómputo privilegiado que mandaba el artículo 7 de la primer norma citada. La deliberación arrojó como resultado que "las disposiciones de la ley 24.390 resultan aplicables a imputados y condenados detenidos por hechos cometidos durante su vigencia, comenzando el abono de la prisión preventiva a partir del día de la aprehensión del imputado y el distinto cómputo de ese tiempo desde el momento en que se exceden los dos años de detención hasta la medianoche del día en el que la sentencia condenatoria que adquiere firmeza, aunque sea con posterioridad a la derogación de la ley mencionada, convierte al encierro en pena".

No obstante, y más allá de atender a la fecha de tal decisión, más el cambio de composición que ha tenido dicho Tribunal, cuestiones que, para algunos autores, podrían mostrar a dicha doctrina no obligatoria, es de destacar que a la luz de los antecedentes que en su texto se destacan, la situación que fuera otrora analizada por el máximo Tribunal penal de la Provincia tampoco puede ser identificado por completo con el excepcional caso que nos toca resolver. Y esto especialmente lo es -reitero- por el momento procesal en que la detención efectiva tuvo lugar, y complementariamente por la intensidad que la cuestión relacionada con la entidad que se le daba a la fecha del hecho o a la fecha de la detención parece haber tenido lugar en aquel entonces -cuestión que aquí no se encuentra entre los puntos a decidir-.

También, y reafirmando los cambios sustanciales que han operado, viene a escena que en un sentido que podríamos decir similar, o al menos en el que estas cuestiones aparecen abordadas, el Sr. Juez del Tribunal de Casación de esta Provincia, Doctor Carral, en su voto en causa 118.333 –más cercana temporalmente-, el que comparto, supo decir que: “...sin perjuicio de la existencia de una doctrina plenaria relacionada con la temática en trato...entiendo que las mismas pueden resultar convenientes a fin de unificar la interpretación jurisprudencial y la consecuente salvaguarda de la garantía de igualdad (art. 16 de la C.N.). No obstante, dicha doctrina no puede estimarse por sobre las normas de rango constitucional, ni limitar al Juez cuando evalúa que la interpretación contenida en el pronunciamiento plenario se aparta notoriamente de la clara letra de la Ley, o cuando subyacen argumentos nuevos no considerados. En tal contexto, el pronunciamiento plenario es en mi opinión un elemento orientador que, no obstante, no puede limitar la intervención del magistrado...”.

De allí que me atreva a ensayar, a partir de la ya hartamente enunciada no identificación del caso traído a estudio con los precedentes destacados, y la variación de la realidad sistemática, en orden a la presencia de la ley 27.362 luego de la decisión antes apuntada de la Corte Suprema de Justicia de la nación, que no pueda, a mi modesto entender, coincidir en la presencia de una regla adecuada al supuesto que aquí se ventila.

III.) Ante este panorama, y siendo inclusive que, como se verá más adelante, algún precedente horizontal pueda complementar ideas que este tribunal por mayoría hubo alcanzado, más el estudio de la ley más benigna que por imperativo legal deba ser la reconocible como vigente, como también los fines -aspecto teleológico- del instituto, evitando los límites de aquel método gramatical, histórico y sistemático que proponía la pandectística o dogmatismo propio del siglo XIX, e integrando al juicio con

el valor justicia, pueda ser el camino más adecuado para dar con la respuesta acorde no solo al Derecho bajo los paradigmas del neo constitucionalismo, sino también al sentido común, aquel que la sociedad a veces con derecho nos reclama.

Y porque no traer a colación aquella frase atribuida a Iering, quien, en su segunda etapa, abandonado ya el dogmatismo, y en franca crítica a la visión de Savigny, habría dicho: "Me da vértigo sumirme en esa literatura y cuanto más leo, más me confundo, a tal punto que cuando tengo que juzgar un caso práctico, sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído" (Extraído de Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009, pág. 7).

Ese dogmatismo –que frecuentemente guía las decisiones- opera como una suerte de conjunto de postulados –o pretensas verdades- que se consideran principios no sujetos a cuestionamiento alguno, operando así como límites al razonamiento, el que bajo esas pautas rectoras pueda justificar una decisión injusta, incluso conociendo que lo es.

Y Sobre este aspecto se ha dicho que, mientras la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetivas, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva: la fe. El dogma no está abierto al debate crítico ni al test de los hechos; se obvian los criterios que determinan nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición -que es uno de los requisitos del conocimiento- (Nino, Carlos Santiago, "Consideraciones sobre la dogmática jurídica", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989 –primera edición 1984-, pág. 17; con cita a Ayer, Alfred Jules, "El problema del Conocimiento", EUDEBA, Buenos Aires, 1968, pág. 37).

Vemos entonces, intentando quitar límites al estudio del caso, que la génesis del sistema hoy derogado de los artículos 7 y 8 de la ley 24.390 con modificación del art. 24 del Código Penal, radicó en una suerte de compensación, y respondía a la dificultad que existía en los procesos de respetar los principios constitucionales de ser enjuiciado en libertad y con la mayor celeridad posible. De allí que la prisión preventiva debía ceder ante la falta de un pronunciamiento respecto del reproche penal.

Debe destacarse que en los albores de la sanción de la ley, fue incorporada a la Constitución Nacional la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la C.N.), de la cual se hizo reglamentaria, (artículo 9), exigiéndose la operatividad de las garantías que el indicado tratado internacional receptaba principalmente en el art. 7 inc. 5 -"Derecho a la libertad Personal"-.

La ratio -como dije- de la ley 24.390, parece fundarse en que ningún procesado en detención preventiva, permanezca en esa situación, frente a su constitucional presunción de inocencia, privado de su libertad por un lapso mayor al razonable -que para el cómputo doble fijaron en dos años-, sin sentencia definitiva.

En torno a ello, los códigos de procedimiento fueron modificando sus alcances excarcelatorios y dotando al cuerpo de mayores regulaciones coherentes con esas garantías, que en gran medida ya se encontraban vigentes -con la incorporación del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires según la ley 11922 (B.O. 23/01/1997)- al tiempo en que Julio César Grassi era investigado.

Así no solo eran aplicables aquellos preceptos que regulaba ya el art. 169 del C.P.P. al tiempo en que el “dos por uno” quedaba derogado, sino que no encuentro, por más esfuerzo que imprima, elementos cognoscitivos que me permitan sostener que a Grassi se le ha denegado aquel principio imperativo de libertad durante la investigación, o que se haya violentado su presunción de inocencia, ya que -como se desprende de lo dicho- armoniosamente transitó la mayor parte del proceso en libertad.

Así las cosas, y como primera tesis, podemos sostener que prevenir situaciones irrazonables como la prolongación indebida del proceso, que puedan conducir a la injusticia de convertir el encierro en pena de modo de vaciar de contenido la presunción de inocencia, no se identifica con lo tramitado en la especie, donde la medida que limitó derechos atendió, bajo un criterio de proporcionalidad, a la gravedad del delito, la pena decidida, el elevado grado de sospecha de fuga, y luego del arribo de una sentencia condenatoria sometida a un triple conforme.

IV.) Ingresando ahora en lo que llamé precedente horizontal, viene al caso recordar que la Sala que integro -por mayoría- ha mostrado en relación al tópico “dos por uno” una posición distante con las más tradicionales, las que poseen -éstas últimas- a mi juicio, criterios distintivos que la ubican bajo el amparo de lo que se conoce como positivismo crítico, escuela a la que no adhiero.

Así he tenido ocasión de expedirme en relación a temas vinculados al hoy en trato, que podría alcanzar el lugar de stare decisis, aunque por las mismas razones expuestas más arriba su relativización también viene obligada. Sin embargo, encuentro a algunos de los motivos expuestos peso argumentativo autónomo que en un juicio no restrictivo pueda poseer cierta vigencia y traducirse en una fuente más de motivación de la decisión que voy desarrollando.

Dije en varias ocasiones que: "...deviene imperativo (...) considerar que la fecha de dictado del último acto jurisdiccional aplicable deba ser el vigente para cualquier cálculo, más aún cuando éste ha de influir en la utilización, o no, de una fórmula matemática que en su génesis operaba como elemento aleccionador a los órganos del Estado, en tanto aplicaba consecuencias a la demora en los procesos –hablo del sistema que se encontraba vigente bajo el arts. 7 y 8 de la ley 24.390-. Una interpretación distinta operaría –entiendo modestamente- como factor permisivo de la desnaturalización de un instituto, dándole vigencia a postulados pese a no adecuarse a los fines de la norma..." (cfr. causa N° 27.618 de este Tribunal).

Y esta propuesta, debo decir, aparece de algún modo ensayada en el voto del Dr. Pettigiani en la causa del Superior Provincial antes enunciada (P. 87.013), que aunque en minoría -aspecto que no disminuye su altura como manifestación científica e intelectual, más aún ante el estado actual de indeterminación de los alcances de aquello que pareció en su momento indiscutido- supo sentar su opinión en el sentido de que: "es asistemático y contrario a la finalidad perseguida por la ley 24.390 concluir que a los efectos de la aplicación del art. 24 del Código Penal –o de otras normas en las que incida la calidad de <<procesado>> del sujeto por esa vía-, el cómputo de la prisión preventiva pudiera ser alterado por la mera voluntad de las partes, como podría suceder en el caso de la interposición de recursos infundados o improcedentes cuyo solo objetivo podría ser mantener vivo el trámite del proceso para evitar que el pronunciamiento de los órganos ordinarios adquiriera finalmente la calidad de cosa juzgada".

Otórgueseme la licencia –la que ejerzo con suma modestia- de complementar lo expuesto por el Sr. Ministro diciendo, como forma de mostrar que en la praxis sus reparos encuentran campo fértil, que tan absurdo es en ocasiones lo que se concluye en estos juicios –hago alusión a aquellos que transitan el cómputo de penas- que es posible encontrarnos con una persona condenada que, reconociendo el mal generado por su acciones, y aceptando la sanción impuesta en tanto la reconoce justa, cumpla más pena que otro que, siendo también culpable, y de una misma conducta, insta un proceso vertiginoso de recursos –que en todo caso muestra en las formas la ausencia de arrepentimiento o reconocimiento que si se da en el otro-, pues al final terminará cumpliendo menos tiempo de sanción, del modo en que el tratamiento resocializador tenga menor espacio para ser aplicado en quien parece más necesario. Y por lo demás, si de generación de males se trata, el primero sufrirá con mayor rigor la ley, cuando su reinserción impresiona como más probable.

En un sentido similar -lo que agregó por honestidad intelectual más también por su peso argumentativo- supo reflexionar el Sr. Juez del Tribunal de Casación Dr. Natiello, en el sufragio que acompañó al plenario del 16 de mayo de 2002 (expte. 8746)-, del

que se habló más arriba. En dicha ocasión, no solo profundizó sobre la incidencia negativa que a la igualdad, mandato constitucional fundante, implicaba este tipo de situaciones, sino que también aportó datos del debate parlamentario de la derogada norma que mostraba en la voluntad legislativa la consideración del problema y la trascendencia que, en clave de solución, se le daba a la sentencia definitiva, momento a partir del cual –a su criterio- el cómputo debiera reanudarse en forma simple.

Y por qué no hablar de la unificación de penas. Es del común que el condenado a dos prisiones perpetuas –me refiero a una prisión perpetua y una posterior dictada por otro hecho que puede colocarlo en posición de reincidente-, e incluso en el caso de un segundo hecho cometido más allá de la vigencia de la norma que todo este problema genera, se termine fusionando no solo la sanción –prisión perpetua con declaración de reincidencia-, sino también arrastrar el método de cómputo, trasladando la fórmula del 2x1 a todo el monto, en tanto el primer hecho fue cometido en su vigencia. De ese modo por el segundo hecho no habría sanción proporcional, y se promueve, como alguna vez dije, una suerte de vocación a un crédito: Si alguien mata a una persona y por la fecha de comisión le es aplicable el cómputo privilegiado, puede -el siguiente razonamiento es visible en algunos Tribunales, entre los que no se encuentra la mayoría del que naturalmente integro, (vgr. causas N° 15379, 14310 y 12716 - resoluciones de fecha 25/11/2015, 3/08/2017 y 25/04/2014 respectivamente- del registro de esta Sala I)- en caso de tener para sí el Magistrado que ante un segundo pronunciamiento condenatorio el proceso unificador también abarque la operación matemática doble, el mismo Estado se encontraría generando la impunidad de todo aquello que el ciudadano decida cometer luego del primer ingreso en el sistema penal, pues al final de cuentas, siempre responderá bajo el régimen más beneficioso, que mostrará a la porción de pena cumplida integrada en el total, y así evitada la materialización de la segunda reacción estatal –o en su caso sensiblemente reducida-.

Y volviendo al autoprecedente, también he dicho que “...en clave de hallar una concreta adecuación de medios a fines, el estado de incertidumbre que permitía contar doble los días que una persona estuvo privada de su libertad desaparecería en ocasión de emitirse el último acto jurisdiccional que integre la condena y que no permita recursos ordinarios, operación intelectual que se afianza en casos como los de autos donde el análisis en el marco de un recurso de excepción no ingresa en el fondo de los agravios propuestos.

Pueda por caso hallarse en precedentes del Tribunal de Casación provincial el estudio de una situación que termine de aclarar el punto. Resulta que, en ocasión de analizar la posible prescripción de la acción en un proceso -tramitado en la anterior instancia con intervención de esta Sala-, se sostuvo que opera como acto interruptivo de dicho plazo la sentencia dictada por la instancia casatoria toda vez que tal decisión integra el

pronunciamiento condenatorio cuya revisión se solicitara, no considerándose con tal entidad a la intervención de la Suprema Corte de Justicia, órgano que en aquellos autos rechazó –como en la especie- un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Defensa (cfr. C 65.909 “Mendoza, Ángel Osvaldo S/ recurso de Casación”, Sala V del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, rta el 26 de febrero de 2015).-

Inclusive en aquella ocasión se hizo mención –con cita al voto del Dr. Celesia en causa 28576, registro 596 de la Sala II, resuelta el 28 de agosto de 2007-, que <<a etapa recursiva es un tramo no necesario y eventual del proceso cuyo principal efecto formal es el de obstaculizar el arribo a la cosa juzgada, de manera que al permanecer la sentencia condenatoria plausible de modificación no cabría reputar al ejercicio de la jurisdicción y, consecuentemente, al decisorio judicial que es su producto, como acabado sino hasta que se dicta la sentencia que resuelve el recurso>>.

Tal posición, más allá de poder o no alcanzar carácter absoluto, en tanto no puede soslayarse que el recurso como concepto ingresa en el elenco de los derechos fundamentales de toda persona sometida a proceso –como se considerará mas adelante-, no impide advertir la vigencia en los operadores judiciales de una visión realista que autoriza la argumentación razonada en aspectos que en el modelo precedente pudieron parecer impensados.

Y esto es así pues aquel Estado de Derecho legal, en el que un universo como el reinante en la especie pudo haber sido determinante en sentido contrario al propuesto, es progresivamente alcanzado por el proceso de evolución que transita el Derecho, que incorpora herramientas afines al Estado de Derecho Constitucional, superando aquellas que como límite a la discrecionalidad del Juez aparecieron en escena en un momento en el que la seguridad jurídica se erigía como un fin en sí mismo, en tanto otorgaba previsibilidad al sistema, aunque ello en ocasiones pudiera generar consecuencias injustas, las que se admitían y soportaban en clave de mantener fuerte al sistema.

En la actualidad, la incorporación no sólo con carácter operativo de preceptos constitucionales, sino también el paso de una lógica formal a una material, tomar los valores y principios como guía de la decisión de que se trate -colocando al hombre como ser social centro de cualquier análisis-, y procurando darle a cada aspecto de la persona la real vigencia de los derechos de los que es titular, muestran como consecuencia un modelo que tiende a proveer los medios para encontrar en cada caso la solución más justa. Y esa noción de justicia no puede divorciarse de los intereses legítimos de todos los involucrados, bajo pena de generar nuevamente un sistema deficiente, labor que requiere en ocasiones desentrañar lo real de lo aparente,



considerar los argumentos axiológicamente válidos, razonables y proporcionales, y diferenciarlos de los que intentan torcer el fin de un marco reglado hacia un lugar en el que el orden jurídico quizás no pensó jamás, o aceptó por considerar solo el imperio de la concepción normativista que intentó darle al Derecho la forma de una ciencia exacta, cuando su objeto de estudio –el hombre en sociedad, insisto- impide tamaña estructuración...” (todo lo destacado de la causa N° 27.618 de esta sala, resuelta el 17 de septiembre de 2015).

Como podemos ver, hay cuestiones que en esta Sala fueron otrora tratadas, y que muestran una dirección en los juicios que no se agotó en la mera referencia a alguna posición que pudiera para muchos parecer afianzada, aunque, insisto, la realidad apuntada al comienzo también abarca a las reflexiones propias. No obstante, mantiene coherencia argumentativa, ya que, en definitiva, no encuentro con claridad que nos hallemos ante un acto que pueda en un diálogo sincero equipararse a aquel que se tuvo en cuenta en ocasión de sancionarse la ley cuya aplicación el a quo entendió adecuada.

V.) Podrá ensayarse algún juicio en base al principio de legalidad, caso en el que, más allá de la posición que le da alcance estricto en materia de tipos penales más no tan concluyente en sectores afines a lo adjetivo, es del caso permitirnos reflexionar nuevamente sobre la causa final.

Si el fin de dicho principio -o regla- fue no colocar a una persona en una peor posición que aquella vigente en ocasión de darse el fenómeno antijurídico que generó el movimiento de la maquinaria estatal, como puede ser aplicando una ley posterior que agrave la pena o incorpore un tipo antes inexistente, resulta que en el caso lo más grave no fue incorporado por otra norma, en cuanto nos encontramos con la no identificación de lo sucedido en la especie con la razón de ser de aquello que se reclama.

Y en todo caso, sumando así argumentos de peso, podemos coincidir que en un razonamiento que se permita profundizar en la vigencia de ciertos dogmas que pueden determinar el juicio, la conclusión de descartar en este caso concreto la regla que permitiría computar doble una porción del tiempo de encierro no incidiría en la previsibilidad, en ese “saber a qué atenerse”, aspecto protagónico de un Estado de Derecho Constitucional, pues carece de relación con la acción de relevancia jurídica que hizo ingresar al condenado en el sistema penal; aunque podamos coincidir en que de haberse verificado privación de la libertad durante la investigación, y de superarse en ese estado los dos años de incertidumbre, otra suerte puede tener el análisis de la aplicación del artículo 7 de la ley 24.390, en tanto sería otro el bien en juego.

VI.) En caso de pensar que el único punto de trascendente -y que con eso alcanzara- fuese la privación de la libertad mientras no existe sentencia firme, podríamos coincidir en un momento en la fórmula que viene aplicada, pero el fenómeno parece integrarse con otras cosas, que en todo caso no pueden desatenderse, desde que es el fundamento por el que de corriente se autorizan –abordando aquí el plano normativo- : el riesgo de fuga y el riesgo de entorpecimiento de la investigación, y como pauta procesal la posibilidad de su dictado hasta -y solo hasta- 30 días después de la detención, acto que es habitual en la etapa de investigación, apartado del Código Procesal que la contempla, siendo el artículo 371 último párrafo del C.P.P. el que prevé qué hacer en caso de veredicto condenatorio, cuestión sometida a otros requisitos, como bien destacan los Jueces del Tribunal de origen, en tanto de su letra surge la necesidad de justificación de lo que hasta ahora destaco.

Además, si el fin del art 7 de la ley 24390 fue mostrarse consecuente del precepto imperativo que promueve la celeridad procesal, insistiendo en la necesaria consideración de plazos razonables, no podría, salvo un esfuerzo argumentativo integrado por visiones acordes a la teoría del uso alternativo del derecho, que pueda sostenerse bajo las pautas del discurso jurídico, que luego de la privación de la libertad ordenada contando ya con dos confirmaciones de Tribunales superiores pueda ser materia sensible a aquella guía rectora, pues ya no estamos hablando de una demora en la investigación, o en el dictado de la sentencia, sino en el tránsito de un proceso recursivo extraordinario que, a la postre inoficioso, se presente contemporáneamente como la forma de entregar el reaseguro del derecho al recurso –indudablemente legítimo-.

Existen posiciones que promueven la conclusión del silogismo en un sentido contrario, empero devienen propias del aparato conceptual del positivismo crítico -el que además está decir no es doctrina a la que adhiera-, el que se nos presenta como un fenómeno en ocasiones contradictorio. Y esto es así pues encarada la faena a niveles de la teoría general, vemos frecuentemente respaldos argumentativos de los juicios que se promueven en base a esa teoría que se integran con proposiciones morales, cuando lo propio del positivismo excluyente que adoptaron impide incorporarlas al diálogo; a la par de mostrarse, con frecuencia, que la transformación en tutelar de toda previsión, en cuanto forma de reacción de la Escuela, suele desatender el fin que se tuvo en cuenta en ocasión de construirse el texto de la norma, provocando una interpretación sobre incluyente de la ley, fenómeno al que la teoría general también se ha dedicado.

Huelga decir que -a modo demostrativo de esa contradicción e irracionalidad de los alcances que se le otorgan a la normativa en cuestión- afirmar que la prisión que

aquí se analiza, ordenada luego de una condena confirmada por dos instancias deba ser beneficiada con un cómputo de pena privilegiado, cuando la norma que lo reglamentó intentó resolver un problema distinto, es violatorio al principio de identidad.

A partir de todo lo expuesto, entiendo que no debe aplicarse, en el excepcional caso planteado en autos, el cómputo privilegiado que preveía el artículo 7 de la ley 24.390, y ello en ninguno de los períodos en los que el condenado estuvo privado de su libertad previo a la adquisición de firmeza, siendo además autoevidente que en estos actuados estuvieron vigentes los postulados, que en relación al tópico, consagra no solo la Constitución Nacional sino también el Derecho Supranacional (vgr. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 inc. 5).

Por lo demás, y como el lector podrá advertir la suerte adversa que tuvo mi posición en relación a la legitimación de los Particulares Damnificados, habilitaría la conclusión ahora propuesta según el alcance que pueda en su caso quien me sigue en turno otorgarle a la petición fiscal que persuadió al Dr. Cardoso, a ingresar en este tema; desde que, en caso de verse limitada su incidencia -por extemporánea- la prohibición de la reformatio in pejus (art. 434 del CPP.) impedirá, por verse solo habilitado el recurso de la defensa, autorizar un cómputo distinto de aquél que viene recurrido.

Así las cosas, y en relación a esta cuarta cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.

A LA MISMA CUARTA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Fernández dijo:

A ésta cuarta cuestión también habré de adherirme a los argumentos expuestos por el Dr. Cardoso.

En tal sentido, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA QUINTA CUESTION: El Señor Juez Dr. Cardoso dijo:

Conforme a los resultados de las cuestiones precedentemente tratadas, las que algunas se constituyen por unanimidad y otras por mayoría, corresponde determinar que la resolución de fs. 5404/5411 de la causa principal que resuelve sobre el cómputo de pena, se encuentra ajustada a derecho, sin perjuicio de establecer una diferencia que se traduce en la aritmética de la fecha de vencimiento y su caducidad registral.

En este sentido, los períodos de encierro a contabilizar son los siguientes:

del 24/10/2002 hasta el 21/11/2002, resultan en 29 días.

del 7/3/2012 hasta el 31/5/2012, resultan 2 meses y 24 días.

y luego a contar desde el 23/9/2013 en adelante ininterrumpidamente.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 7 de la ley 24.390, los primeros dos años de encierro se contarán simples. Dicha cuenta arroja que al 31/5/2015 se completaron los dos años, y desde allí el tiempo se debe computar doble hasta el día 21/3/2017 (fecha en que adquirió firmeza la sentencia) arrojando este período un total de 1 año, 9 meses y 22 días, que traducidos resultan en definitiva en 3 años 7 meses y 14 días. Al sumar entonces ambos períodos, concluyo en que se cumplieron al día de la firmeza de la condena, 5 años, 7 meses y 14 días de encierro.

Entonces, teniendo en cuenta lo cumplido y lo que falta por cumplir de la condena de 15 años de prisión, en definitiva la pena impuesta vencerá el día 7/8/2026 y su caducidad registral operará el día 7/8/2036.

Por todo lo ello y con la aclaración expuesta al principio de esta cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA QUINTA CUESTION: el Señor Juez Dr. Grau dijo:

Entiendo que conforme al resultado de las cuestiones precedentemente tratadas, se encuentra definida la decisión conforme al voto de la mayoría, la que por los argumentos que expusiera en la cuarta cuestión no comparto. Así las cosas y ante dicho presupuesto, debo, en respeto a lo que la votación arrojó, VOTAR POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA QUINTA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Fernández dijo: Que también VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA SEXTA CUESTION: El Señor Juez Dr. Cardoso dijo:

En primer lugar, corresponde declarar -por mayoría- mal concedidos; el recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto por el Dr. Juan Pablo Gallego a fs. 5363/5366 de la causa principal, y el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Sergio Daniel Piris a fs. 5383/5384vta. Rige art. 421 y 500 del CPP.

Asimismo, procede declarar admisibles -por unanimidad- los recursos de apelación interpuestos por el Dr. Ricardo Walter Malvicini a fs. 5377/5382 y 5424/5427, y a su vez -por mayoría- rechazarlos parcialmente.

Por otro lado, corresponde rechazar -por mayoría- los pedidos formulados a fs. 5439/5440 y 48 del presente incidente, por el Dr. Gallego y el Señor Fiscal General Departamental respectivamente.

En tal sentido, corresponde confirmar -por mayoría- la resolución de fs. 5404/5411 y en atención a lo desarrollado en la cuestión que antecede, modificar el computo de

pena y dejar establecido que la pena impuesta a Julio César Grassi, VENCE EL DÍA 7/8/2026 Y SU CADUCIDAD REGISTRAL OPERARÁ EL DÍA 7/8/2036.

Así lo voto.

A LA MISMA SEXTA CUESTION: el Señor Juez Dr. Grau dijo:

Atento al resultado de las cuestiones que anteceden, y respetando lo expuesto en el punto anterior, voto en el mismo sentido.

A LA MISMA SEXTA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Fernández dijo: Que vota en igual sentido.

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, expidiéndose la siguiente:

#### R E S O L U C I O N

Por lo decidido en el Acuerdo y conforme a los resultados de las cuestiones que anteceden, las que algunas se constituyen por unanimidad y otras por mayoría, éste Tribunal RESUELVE:

I. DECLARAR MAL CONCEDIDOS -por mayoría-, tanto el recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto por el Dr. Juan Pablo Gallego a fs. 5363/5366 y el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Sergio Daniel Piris a fs. 5383/5384vta.

II. DECLARAR ADMISIBLES -por unanimidad- los recursos de apelación interpuestos por el Dr. Ricardo Walter Malvicini a fs. 5377/5382 y 5424/5427. Sin costas.

III. RECHAZAR PARCIALMENTE -por mayoría- los recursos de apelación interpuestos por el Dr. Ricardo Walter Malvicini a fs. 5377/5382 y 5424/5427. Sin costas.

IV. RECHAZAR -por mayoría- los pedidos formulados a fs. 5439/5440 y 48 del presente incidente, por el Dr. Gallego y el Señor Fiscal General Departamental respectivamente. Sin costas.

V. CONFIRMAR -por mayoría- la resolución de fs. 5404/5411 y en atención a lo desarrollado en la quinta cuestión, MODIFICAR el computo de pena y DEJAR ESTABLECIDO que la pena impuesta a Julio César Grassi, VENCE EL DÍA 7/8/2026 y su caducidad registral operará el día 7/8/2036.

Rigen artículos 421, 439, 447, 500, 530 y 532 del C.P.P.; y artículo 7 y 8 de la ley 24.390 en su primera redacción (B.O. 21/11/1994).

Regístrese copia. Otra certifica agréguese a la causa N° 2438. Notifíquese al Sr. Fiscal General Departamental. Cumplido, devuélvase el presente incidente juntamente con lo recibido a fs. 80 (causa principal y demás agregados) al Tribunal en lo Criminal

N° 1 Departamental, quedando a cargo de su Secretaría las restantes notificaciones de la presente resolución, sirviendo la misma de atenta nota de remisión. FDO. DRES. GRAU, CARDOSO, FERNÁNDEZ, JUECES DE CÁMARA. ANTE MÍ DRA. GÓMEZ.