



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

//Plata, 14 de febrero de 2025.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente Incidente n° **FLP 41475/2016/TO1/40** caratulado: “**BERGARA, Ezequiel Hernán s/excarcelación**” del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de esta ciudad sobre el pedido de excarcelación en los términos del artículo 317 inciso 5to C. P.P.N.- presentado por la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. Ana María Gil, respecto de su asistido Ezequiel Hernán Bergara.

Y CONSIDERANDO:

I.- Se presentó la Sra. Defensora Pública Oficial Dra. Ana María Gil y refirió que, frente al alegato formulado por el Ministerio Público Fiscal y en razón del pedido de pena efectuado respecto de su asistido Ezequiel Hernán Bergara la excarcelación, bajo caución juratoria, por considerar que cumplió en exceso el tiempo en detención que les permitiría obtener la libertad condicional, y en consecuencia, se ordene su inmediata libertad, invocando el principio de ultraactividad de la ley penal más benigna (art. 317 inc. 5° CPPN, 13 y cc. del CP y 28 cc de la ley 24.660, ley 27.375 a *contrario sensu*.

Subsidiariamente, solicitó se declare la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 56 bis de la ley 24.660, modificada por ley 27.375.

Al respecto la Sra. Defensora manifestó que Ezequiel Hernán Bergara se encuentra detenido en el marco de esta causa desde el 13 de julio de 2021, prisión preventiva que mantiene en forma ininterrumpida hasta la actualidad, por lo que lleva tres (3) años y siete (7) meses privado de su libertad ambulatoria.

Resaltó que el debate oral tuvo inicio el 10 de julio de 2024, y que, luego de producida la prueba en las múltiples audiencias de juicio, el miércoles 12 del corriente mes y año, formularon su alegato los representantes del Ministerio Público Fiscal. Así, el señor Fiscal, Dr. Diego Iglesias, solicitó se condene al señor Bergara a la pena de cinco (5) años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos previstos en los artículos 210 y 189 bis,



apartados 1, 2 y 3 del Código Penal de la Nación del Código Penal de la Nación y los artículos 863, 864, inciso “d”, 865 inciso “a” y 867 del Código Aduanero, todos en concurso real entre sí.

En atención a ello, y en virtud del principio republicano de gobierno y del sistema acusatorio que indica nuestra Constitución Nacional respecto del proceso penal y que en la sentencia -sin perjuicio de lo oportunamente pedirá al formular su alegato- el señor juez no podrá fallar “ultra petita”, con sustento en los principios de congruencia, de imparcialidad del juzgador y de la garantía constitucional del debido proceso, es que vengo a solicitar la excarcelación del asistido en términos de libertad condicional de acuerdo con lo normado en el art. 317 inc. 5 del CPPN

Así las cosas, la Dra. Gil solicitó que el planteo de excarcelación sea resuelto con sustento en las previsiones de los arts. 13 y cc. del Código Penal y 28 y cc. de la ley 24.660, previo a la reforma instaurada por la ley 27.375, sancionada el 28 de julio de 2017.

En efecto, no puede desconocerse la fecha en la que se inició esta causa y la investigación llevada adelante en consecuencia en virtud de la cual, finalmente, se detuvo al señor Bergara, así como tampoco la imputación formulada en su contra.

Particularmente, corresponde destacar la imputación realizada en el requerimiento de elevación a juicio identificada como hecho 1: “Por medio del presente instrumento jurídico, se les atribuye a MARIO ROBERTO SEGOVIA, HERNÁN JESÚS SEGOVIA, GONZALO RODRIGO ORTEGA, MATÍAS AGUSTÍN SEGOVIA y EZEQUIEL HERNÁN BERGARA, entre otros sujetos no identificados, haber formado parte de una asociación ilícita, de carácter estable, con soporte estructural, una marcada división de roles, con capacidad para articular acciones de modo de sostener el desarrollo de la actividad ilícita en el tiempo, que funcionó desde al menos el mes de septiembre del año 2016 y hasta el día 13 de julio del año 2021, dedicada a concretar conductas vinculadas al tráfico ilícito de estupefacientes y al tráfico ilícito de armas y explosivos”. En consecuencia, y en virtud del principio de legalidad, corresponde





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

resolver este planteo en base a las disposiciones de los artículos 13 y cc. del Código Penal y 28 y cc. de la ley 24.660, previo a la reforma instaurada por la ley 27.375 ya que el inicio de esta causa y uno de los hechos imputados a su asistido comenzó a ejecutarse con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma- postura que fuera respaldada por jurisprudencia –

Es decir que, en virtud, del principio de legalidad y los principios pro homine y pro libertatis, solicito que para resolver este planteo de excarcelación en términos de libertad condicional se apliquen las disposiciones de los artículos 13 y cc. del Código Penal y 28 y cc. de la ley 24.660, previo a la reforma instaurada por la ley 27.375.

De manera subsidiaria, y para el supuesto que el Tribunal no comparta el planteo formulado de ultraactividad de la ley penal más benigna, solicitó se declare la inconstitucionalidad de los artículos 14 inc. 11 del Código Penal y 56 bis de la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, modificada por Ley 27.375, y la posterior concesión del instituto que nos ocupa.

Ello, por encontrarse dicha normativa en franca violación al principio constitucional de igualdad ante la ley -art. 16 C.N.-, y del fin resocializador de la pena privativa de la libertad y humanidad de las penas -art. 18 y 75 inc. 22 C.N., art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-.

Así, a consecuencia de la modificación de la Ley 24.660 sufrida por la ley 27.375, el artículo 10 inc. 11 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera: “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: [...] 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero”.

Por su parte, el artículo 56 bis de la Ley 24.660, prevé: “No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: [...]10) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero”.



Que, las normas aludidas, conforme su actual redacción, implican una clara violación de los principios de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75, inc. 22, CN; 24 CADH; 26 PIDCyP; 7 DUDH; 2 DADDH y 26 PIDCP), de razonabilidad de los actos de gobierno (art. 28 CN) y de progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad y su finalidad de reinserción social (arts. 18 CN; 5.6 CADH y 10.3 PIDCP), en cuanto veda la posibilidad de acceder al régimen de la libertad condicional por parte de los condenados, así como los beneficios comprendidos en el período de prueba por la sola razón de haber cometido un determinado delito.

El principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los ciudadanos, del cual se deriva el deber de conceder el mismo trato a las personas que se encuentren en una misma situación, en este caso aquellas sometidas a un proceso penal.

En el caso, las normas que aquí se cuestionan implican un trato desigual dentro de un colectivo de personas que se encuentran sometidas al mismo régimen legal, y que para todos ellos, prevé un régimen de carácter progresivo que debe procurar su adecuada reinserción social (cfr. art. 1º Ley 24.660) -citando jurisprudencia de la Corte IDH, caso “Suárez Rosero” (sentencia del 12.11.1997)

La imposibilidad, en el presente caso, de que Bergara por la naturaleza del delito que se le imputa pueda acceder a su libertad ambulatoria, tratándose de un derecho que en esencia y fundamentos responde a un sistema de progresividad, resulta una restricción que además de ser arbitraria, resulta violatoria de los principios supra enunciados y contraría el fin resocializador de la pena previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, receptados por nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22.

Asimismo, el artículo analizado viola el principio de humanidad de las penas, entendido éste, no solo con la finalidad de evitar tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte del Estado a los internos en contexto de encierro, sino también como la necesidad





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

de que las personas detenidas tengan derecho a un trato igualitario en el cumplimiento de la pena, y en el avance o retroceso de su tratamiento penitenciario.

Dicha reforma, a las claras, resulta incompatible con el bloque constitucional y con los principios que rigen el sistema de ejecución penal, consistiendo en una política criminal irrazonable y desproporcionada basada en una concepción peligrosista del derecho penal de autor.

Continuando con esta lógica, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible prescindir del fin resocializador de la pena y asignarle una función meramente retributiva, ello conforme lo establece el art. 1 de la Ley 24.660.

El artículo destaca a este fin resocializador como el objetivo principal del tratamiento penitenciario; es decir, lograr que el delincuente adecúe su comportamiento externo al marco de la ley y procurar su conveniente y progresiva reinserción social, finalidad que goza de rango constitucional ya que así lo establecen el art. 18 de la C.N., el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -“ Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”-, y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”-. Desde este punto de vista, el principio resocializador de la pena debe regir para todos los hechos delictivos y para todos los condenados, correspondiendo en consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 inc. 11 del Código Penal y 56 bis de la Ley 24.660 incorporado por la ley 27.375, que torna incoherente el propio régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad y resulta contrario a la lógica interna del sistema normativo, al tiempo que debilita y contradice su objetivo primordial: la progresiva reinserción social de los condenados.

La denegatoria del beneficio no puede encontrar asidero en la exclusiva circunstancia de que el interno haya sido condenado o se le impute un delito en particular, por cuanto de apegarnos estrictamente



a dicho precepto legal se cercenaría cualquier posibilidad de acceder a instituto liberatorio alguno.

En efecto, no importaría el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario ni otra circunstancia análoga, pues el fin resocializador de la penal, lejos de lo previsto en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, no regiría respecto de los detenidos por aquellos delitos enunciados en la Ley 27.375. Los fundamentos por los cuales las restricciones establecidas por la ley 27.375 para acceder a la libertad condicional no son compatible con la Ley Suprema han sido remarcados en diversos precedentes de ese Tribunal Oral y los dictámenes del Fiscal General Rodolfo Marcelo Molina.

En base al desarrollo efectuado, la letrada, refirió que, existiendo una violación a los principios generales de la ejecución penal, reconocidos en los primeros artículos de la Ley 24.660, contraviniendo los principios de reinserción social (art. 1), humanidad (art. 9), la naturaleza del sistema de progresividad de la pena (arts. 5 a 7), igualdad ante la ley (art. 8), que tienen base en las normas supralegales suscriptas de jerarquía constitucional incorporadas en el art. 75 inc. 22 de la C.N., debe declararse la inconstitucionalidad del art. 14 inc. 11° del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660, según su modificación según ley 27.375.

En razón de ello, solicitó la excarcelación de Ezequiel Hernán Bergara a partir del día de la fecha conforme lo dispuesto en los artículos 280, 316, 317 inc. 5°, 319, 320 y 321 del Código Procesal Penal de la Nación, 13 y 316 del Código Penal.

La revisión de la razonabilidad del encierro cautelar se impone especialmente en este caso cuando ya ha transcurrido un tiempo considerable desde su detención.

Al respecto señaló que el supuesto de libertad que aquí se reclama tiene en cuenta el pedido de pena efectuado por la parte acusadora en su alegato.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Ante ello, teniendo en cuenta el tiempo de detención cautelar padecido por Bergara (conforme art. 13 del Código Penal), y que carece de antecedentes penales solicitó la excarcelación con fundamento en el principio de proporcionalidad y en virtud de lo establecido en el art. 317 inc. 5° del ritual, que admite la concesión de la excarcelación cuando se hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional.

Por su parte, cabe destacar que el señor Bergara se encuentra cumpliendo su detención preventiva -en la actualidad- bajo la modalidad de prisión domiciliaria y que viene cumpliendo acabadamente con todas las reglas de conducta que le fuera impuesta en relación con dicho instituto.

Así, cabe mencionar que la disposición del art. 317 inc. 5 en el ordenamiento procesal responde a la aplicación estricta del criterio de proporcionalidad más evidente, en tanto supone admitir que el encarcelamiento preventivo no puede ser más gravoso para el imputado que la propia pena que fije una sentencia eventual de condena (Maier, Julio, “Derecho procesal penal. I. Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 531)

Esta previsión normativa ha de ser interpretada conforme el principio de inequivalencia entre la situación del privado de libertad procesado y condenado, ya que las prerrogativas o atenuaciones en el encierro reconocidos a los penados deben extenderse a los que cumplan pena sin condena, pues la identidad del encierro resulta material (pena) y también deriva del reconocimiento normativo del art. 11, por el que se le reconocen también al imputado (conf. ZAFFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, 2000, pág. 959).

En virtud de lo expuesto, la Sra. Defensora solicitó que se haga lugar al pedido de excarcelación formulado en favor de Ezequiel Hernán Bergara a partir del día de la fecha, bajo caución juratoria o, en su defecto, una fianza acorde a sus condiciones socioeconómicas que no son las mejores (cfr. arts. 316, 317 inc. 5°, 318, 320 y 321 del Código Procesal Penal de la Nación y 13 del Código Penal).



II.- A su turno, la Fiscal Coadyuvante de la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR) de la Procuración General de la Nación, la Dra. Patricia Cisnero, destacó que el 12 del corriente mes y año, se solicitó se lo condene a Ezequiel Hernán Bergara, como autor penalmente responsable del delito de asociación ilícita, en carácter de miembro –Hecho 1- (artículo 210 del Código Penal de la Nación); coautor del delito de contrabando de importación de un fusil semiautomática, sin marca ni numeración, calibre 5,56 mm del tipo m4 (Plataforma AR 15) -Hecho 3- (artículos 863, 864, inciso “d”, 865 inciso “a” y 867 del Código Aduanero) y coautor del delito de la tenencia de armas de fuego y materiales explosivos como así también la fabricación ilegal de armas de fuego que realizaban de manera habitual -Hecho 4- (189 bis, apartados 1, 2 y 3 del Código Penal de la Nación) los cuales deberán concursar en forma real (artículo 55 del Código Penal de la Nación), a la pena de 5 AÑOS de PRISIÓN, MULTA 10.000.000 de pesos, INHABILITACIÓN absoluta por el tiempo que dure la condena, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS.

Practicado el cómputo por Secretaría, se determinó que Ezequiel Bergara se encuentra privado de su libertad en el marco de esta causa, desde el 13 de julio de 2021 hasta la fecha, de manera ininterrumpida. Es decir, tres años (3) años y siete (7) meses. En razón de lo expuesto, a la fecha, Bergara se encontraría en condiciones temporales de acceder al instituto aquí peticionado.

Cabe agregar que el 27 de diciembre de año 2024, dicho Tribunal, en consonancia con lo dictaminado por ese Ministerio Público Fiscal, se concedió la morigeración de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario respecto del nombrado (Incidente de prisión domiciliaria n°46), con implementación de un dispositivo de vigilancia electrónica que fue colocado por el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia electrónica dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (artículo 210, inciso “i” y “j” del CPPF y ccdtes.) De dicho legajo surge que el arresto se materializó el día 15 de enero de corriente año.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Sin perjuicio de ello, la representante del Ministerio Público Fiscal, requirió que los planteos formulados por la defensa de Bergara, sean rechazados.

En cuanto a la aplicación de la ley 27.375, aclaró que no escapa a su conocimiento que la previsión contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “...ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, opera como una garantía de legalidad en dos sentidos: a) impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de su comisión, no era delito o no era punible o perseguible; b) prohibir que a quien cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista al tiempo de la comisión. En primer lugar, corresponde determinar la ley aplicable al caso, toda vez que, con posterioridad al inicio de la actividad delictiva atribuida a Ezequiel Hernán Bergara (Septiembre de 2016) y previo a su finalización (julio 2021), entró en vigencia la ley 27.375 (BO: 28/07/17), que modificó –entre otras cuestiones- la norma cuya aplicación pretende su asistencia técnica (ley 24660).

En concreto, y en lo que aquí interesa, excluyó de los beneficios previstos en el período de prueba del régimen penitenciario -entre los que se encuentra el instituto de la libertad condicional- a los condenados por determinados delitos -entre ellos, el tipificado en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero- y redujo el plazo del egreso anticipado de seis a tres meses.

Es decir, ninguna duda cabe que el delito por el que se solicitó la condena de Bergara se encuentra alcanzado por los impedimentos del art. 14 inc. 11 del C.P. -según ley 27.375-.

Al respecto, y por imperio del principio establecido en el artículo 2 del Código Penal -“[s]i 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 siempre la más benigna”-, que determina que frente a una sucesión de leyes en el tiempo deba adoptarse la más favorable al reo, entendemos que resulta de



aplicación al caso la redacción anterior del artículo 54 de la ley de ejecución penal, en razón de que, por las razones apuntadas en el párrafo anterior, es más beneficiosa para el imputado.

No obstante, consideramos cuando un tramo del hecho imputado resulta abarcado por la ley 27.375 corresponde aplicarla, a pesar de ser más gravosa, en razón de que cada uno de los momentos del ilícito son idénticamente violatorios de la norma y es posible imputar cualquiera de ellos a título de consumación.

En casos análogos la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal -sostuvo-, “cuando el condenado persiste en la infracción luego de una modificación legislativa que lo perjudica, no puede ampararse en que una parte de su conducta cae bajo una anterior más benigna, pues, pese a las consecuencias más perniciosas, decidió continuar adelante con su accionar criminal”. (Cfr. –ver legajos de casación de Héctor Rodrigo Giménez Ozuna (CFP 691/2017/TO1/75/1/CFC18) y Juan de Dios Escobar Acosta (691/2017/TO1/88/1/CFC17)-).

Frente a ello, entonces, debería adoptarse una resolución que, tomando especialmente en cuenta la postura fijada por la alzada en casos análogos, equipare la situación de todos los imputados en autos, de modo de evitar, además, el inútil dispendio jurisdiccional que generaría una decisión en sentido contrario. Es por ello que rechaza la solicitud de la defensa de Bergara, pues considera que se encuentra incurso en las prohibiciones legales para acceder al instituto que se pretende, en función de lo dispuesto por los arts. 54 y 56 bis inc. 10º y último párr., ambos de la ley 24.660 -según ley 27.375-, por su vigencia al tiempo en que cesó la actividad delictiva.

En cuanto a la constitucionalidad de la ley 27.375, corresponde resaltar, en primer término, que el Máximo Tribunal tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que, como tal, debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 328:4542; 330:2255).

Dicho ello, no advierte contradicción alguna entre la norma cuestionada y los principios constitucionales destacados por la defensa. En tal sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el precedente “L’Eveque” (Fallos: 311:1451) que es facultad del legislador establecer en qué casos procede la libertad anticipada, sin que ello importe afectación alguna a los preceptos constitucionales allí aludidos.

En dicha ocasión, el Alto Tribunal, al analizar la validez constitucional del artículo 14 del Código Penal en su antigua redacción, afirmó que “la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni configure una ilegítima persecución o indebido privilegio a personas o grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable”.

Asimismo, remarcó que “si [...] existe un fundamento razonable para hacer [una] distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente en cada caso”.

Como consecuencia de la jurisprudencia del Máximo Tribunal esbozada, se expidió la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, en un caso donde se cuestionó la constitucionalidad de la reforma introducida por la ley 27375.

En dicha oportunidad, se sostuvo que “la garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional no se halla afectada por la exclusión del beneficio de la libertad condicional en los casos de los delitos allí enumerados, toda vez que la garantía en cuestión consiste en aplicar la ley a todos los casos concurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias” (causa



FMZ 35665/2017/TO1/8/1/CFC2, “Herrera Requelme, Jesús Manuel s/recurso de casación”, 30/06/20).

Así, se advierte que la diferenciación realizada a partir de la reforma introducida por la ley 27375 encuentra razón de ser en cuestiones de política criminal, a las que no es posible tildar de arbitrarias o indebidas, toda vez que no se basan en características particulares del condenado sino en el delito cometido.

En otro caso similar, del voto de Borinsky se desprende “respecto de la constitucionalidad del artículo 14 del Código Penal (mod. Ley 27.375, B.O. 28/07/2017), en cuanto no permite la posibilidad de que los condenados por determinados delitos sean incorporados al régimen de la libertad condicional, tengo dicho que las modificaciones introducidas por los artículos 30 y 38 de la ley 27.375 (B.O. 28/7/2017) a la ley 24.660 y al Código Penal de la Nación respectivamente responden a una decisión de política criminal adoptada por uno de los poderes del Estado en uso de sus facultades exclusivas y excluyentes” (CFCP, Sala III, c. CFP 8416/2017/TO1/5/CFC3, “M.R.R.”, reg.534/23, 07/06/23).

Dichas consideraciones son extensivas a la pretendida violación al principio de progresividad en la ejecución de la pena y a su finalidad de reinserción social expresadas por la asistencia técnica. Asimismo, es menester destacar que al incorporar el artículo 56 quater a la ley 24660 se previó un régimen determinado para casos como el presente. En efecto, el Régimen Preparatorio para la Liberación allí detallado implica un programa específico, de carácter individual y progresivo, cuyo objetivo primordial es la resocialización del condenado. Sobre este aspecto, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que “la libertad condicional es una forma, entre otras, de receptar el principio de readaptación social de los condenados, pero no es el único medio o instituto posible para cumplir ese objetivo, ni supone per se, un derecho constitucionalmente reconocido como tal.

En consecuencia, la legislación local tiene bajo su competencia seleccionar los instrumentos concretos orientados a ese fin, sin entrar en contradicción con las reglas convencionales sobre la cuestión”





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

(causa n° 43371/2017/TO1/5/1/CFC1, “Vegas Rodríguez, Yasmin Ayelén s/recurso de casación”, 10/06/20). Todo lo dicho cobra mayor relevancia en el caso del peticionante, ya que no es posible soslayar la morigeración de su prisión preventiva bajo modalidad de arresto domiciliario.

Dicha circunstancia conlleva, ya de por sí, una mayor interacción con el medio libre y le permite acceder al contacto aludido en la norma comentada (art. 56 quater, primer párr., última parte, ley 24660), pues la permanencia de Bergara en su domicilio le posibilita convivir diariamente con sus hijos -y así afianzar y consolidar sus lazos familiares- y, además, realizar actividades laborales en el lugar.

De tal manera, y contrariamente a lo sostenido por su defensa, la propia morigeración impuesta en su caso -por otra parte, notoriamente más ventajosa respecto de aquellos que sufren encierro en unidades de detención favorece su resocialización y su progresiva conexión con la vida en libertad, en los términos del artículo 56 quater, segundo párrafo, de la ley 24660.

En definitiva, no se advierte que la reforma introducida por la ley 27.375 vulnere los principios constitucionales señalados por la defensa del requirente, por lo que también corresponde rechazar su planteo en este punto.

Finalmente, se destaca que planteos como el que aquí contestamos han sido rechazados por la mayoría de los integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal, por ejemplo en: CFCP, Sala IV, CFP 7911/2018/TO1/14/1/CFC1, Registro N° 2614/20.4, “Bellagamba, Roberto Gustavo s/recurso de casación”, 22/12/2020; CFCP, Sala II, Causa N° FPO 5833/2018/TO1/1/4/1/CFC1 “González Carlos Javier s/ recurso de casación”, Reg. N°1926/20, 19/11/2020); CFCP, Sala III, Causa N° FMZ 35665/2017/TO1/8/1/CFC2 “Herrera Requielme, Jesús Manuel s/recurso de casación”, 30/06/2020. Y, ante los recursos de casación deducidos por esta Unidad Fiscal, la Sala II en la causa N° CFP 16546/2017/TO1/9/2/CFC2 caratulada “Arroyo Olivares, Jorge Luis s/ recurso de casación” (rta. 11/5/2021) y en la causa CFP 10173/2016/TO1/18/CFC13 caratulada “González



Gustavo Marcos s/ recurso de casación” (rta. 7/9/2021), la Sala IV en la causa N° CFP 13903/2018/TO1/6/1/CFC2 caratulada “Silva Sandoval, Segundo Luciano s/recurso de casación” (rta. 11/6/2021), en la causa N° CFP 616/2017/TO1/34/1/CFC7, caratulada “Cosanatan Ruiz, Mía s/recurso de casación” (rta. 17/8/2021) y en la causa N° CFP 13179/2018/TO1/3/CFC3, caratulada “Veliz Alegre, Cristhian s/recurso de casación” (rta. 15/10/2021); y la Sala III en la causa N° CFP 1725/2019/TO1/12/1/CFC9 caratulada “Gómez Almeyda, Irvin Paolo s/recurso de casación” (rta. 30/6/2021) y en la causa N° CFP 1725/2019/TO1/13/1/CFC10 “Almeyda González, Deifilia Martina s/recurso de casación” (rta. 8/9/2021), han afirmado la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Por ello, en atención a los argumentos desarrollados anteriormente, este cuestionamiento constitucional no debería prosperar, pues las críticas o disconformidad con la ley, no pueden traducirse en una conclusión sobre su inconstitucionalidad

III.- El señor juez Nelson Javier Jarazo dijo:

Conocidos los antecedentes que informan la cuestión a decidir, me encuentro en condiciones de expedirme.

En primer lugar, corresponde señalar que, el Ministerio Público Fiscal al momento de efectuar el alegato en el curso del debate oral y público solicitó que se condene a Ezequiel Hernán Bergara como autor penalmente responsable del delito de **asociación ilícita**, en carácter de miembro –Hecho 1- (artículo 210 del Código Penal de la Nación); coautor del delito de **contrabando de importación** de un fusil semiautomática, sin marca ni numeración, calibre 5,56 mm del tipo m4 (Plataforma AR 15) -Hecho 3- (artículos 863, 864, inciso “d”, 865 inciso “a” y 867 del Código Aduanero) y coautor del delito de la **tenencia de armas de fuego y materiales explosivos** como así también la fabricación ilegal de armas de fuego que realizaban de manera habitual -Hecho 4- (189 bis, apartados 1, 2 y 3 del Código Penal de la Nación) los cuales deberán concursar en forma real (artículo 55 del Código Penal de la Nación), a la pena de **5 AÑOS de PRISIÓN, MULTA 10.000.000 de pesos, Inhabilitación absoluta** por el tiempo que dure la condena, accesorias legales y costas.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Por lo tanto, toda vez que la excarcelación requerida por la Dra. Gil en los términos del art. 317 inc. 5 del Código Procesal Penal de la Nación, remite al art. 13 del Código Penal, para su procedencia, y dicho instituto deja afuera de su aplicación a ciertos delitos del Código de Aduanero como los aquí acusados –art. 14 inc. 11 del citado Código Penal, art. 28 y 56 bis inc. 11 de la ley 24.660- corresponde examinar la cuestión introducida por la Sra. Defensora.

Sobre el particular he de tener en consideración el planteo de inconstitucionalidad, en tanto la inaplicabilidad de la reforma introducida al Código Penal por la ley 27.375, con fundamento en la fecha en que habría dado comienzo esta investigación deja de lado que, sumido en esta consideración al acto acusatorio sin abrir juicio sobre la cuestión de fondo, que la imputación nos habla de un delito permanente y que los diferentes actos que fueron acusados se habrían producido a lo largo del período que insumió la pesquisa y con posterioridad a la entrada en vigencia de la mentada ley (publicada en el BO 28/07/2017).

Por tal razón, el argumento que se afinca en la vigente al tiempo de tener su inicio la pesquisa no se corresponde con su desenvolvimiento en el tiempo y el tenor del acto acusatorio.

Con esta aclaración, y como punto de partida, entiendo oportuno destacar que, conforme se desglosa del art. 18 de la Constitución Nacional “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.” (art. 18 de la Constitución Nacional), como se puede observar, ya en el Capítulo Primero (Declaraciones, Derechos y Garantías), de la Primera Parte de nuestra Carta Magna, anidan principios fundamentales de la organización carcelaria como lo es “...la readaptación del delincuente antes que su castigo...” (conf.



Ekmekdjian “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, To. II -pág. 372- 1994) con el contenido de humanidad, a su vez, del que debe nutrirse el tratamiento penitenciario.

La reformar introducida a la Constitución Nacional en el año 1994, integró a nuestro sistema constitucional federal una serie de pactos y convenciones internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 25 de la Ley Fundamental), que introdujeron principios y garantías que, al tiempo de afirmar la citada cláusula constitucional (art. 18), vinieron a dotarla de un contenido más expreso.

Así, el art. 5: 6.- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) prescribe que: “...**Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...**”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado también al bloque de constitucionalidad federal, art.75 inc. 22 de la Ley Fundamental, dispone que: “...**Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...**” (art. 10: 1. -) para establecer, a renglón seguido, que “...**El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados...**” (Art. 10: 3. -)

En consonancia con esas normas constitucionales, la ley de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad (24.660 -y sus modificatorias-), establece en su art. 1 que: “...**La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad que será parte de la rehabilitación mediante el control directo o indirecto.**

El régimen penitenciario, a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso,





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada...”.

Es decir, entonces, conforme las normas constitucionales, la pena tiene por designio esencial la reforma y readaptación social del condenado.

Y, este designio, replica en el marco de la norma que rige la ejecución de las penas privativas de la libertad, reglamentaria de los principios constitucionales afianzados por los tratados y convenciones citadas, en tanto establece que el cumplimiento de la pena tendrá por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley como, así también, la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada **reinserción social**, aspiración a la que no debe ser ajena la comprensión y el apoyo de la sociedad que, entonces, será parte activa en la rehabilitación, a través de un control directo e indirecto.

De esta manera, queda claro, a su vez, que, tanto las normas constitucionales como aquélla que las reglamenta, adscriben al fin preventivo especial en la pena que traslada sus consecuencias al régimen penitenciario (arts. 6 y 12 de la ley 24.660 y sus modificatorias).

La reinserción social del condenado propende, entonces, a afianzar la justicia, a través del cumplimiento de los objetivos perseguidos por la pena que fue impuesta en un juicio sustanciado conforme las reglas del debido proceso legal.

En este entendimiento, “...*El objetivo de la reinserción social de la persona condenada constituye la base de todo el sistema de la ejecución de la pena privativa de la libertad. El principio de progresividad que sigue nuestra ley se relaciona directamente con aquella finalidad...*” (Ejecución de la pena privativa de la libertad...” Salduna-de la Fuente; Editores del Sur-2019-pág. 34).

Vinculado a este último aspecto, la ley 24.660 y sus modificatorias, en su art. 6 dispone: “...**El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a**



instituciones abiertas, semiabiertas o secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina...

Por su parte, y en concordancia con esta norma, el art. 1 del Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución (aprobado por Decreto 396/99) establece: “...*La progresividad del régimen penitenciario consiste en un proceso gradual y flexible que posibilite a interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos...*”

Y el art. 12 de la ley 24.660, dispone: “...*El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional...*”

En correlato con lo prescripto en el citado art. 12, y como parte del régimen de la progresividad penitenciaria, el art. 15 establece que, en lo que atañe al período de prueba, “...*consistirá en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprenderá sucesivamente: a) La incorporación de un condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de semilibertad...*”.

Va de suyo, que la incorporación a este período no es automática como no lo es tampoco, ya dentro de esa etapa, el ingreso al régimen de las salidas transitorias.

En ambos casos, se requiere la satisfacción de determinadas exigencias (art. 15, 16 y 17 de la mentada ley) que toman en cuenta, por un lado, el desenvolvimiento del interno en la vida intramuros -a partir de los objetivos que le son impuestos en las diferentes fases y períodos- en el avance en el régimen hasta esa instancia de la progresividad y, por otro, la satisfacción de determinados y precisos requisitos -según su duración, el motivo que la fundamenta y el nivel de confianza- para la incorporación a las salidas transitorias.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Por su parte, el art. 28 de la ley 24.660, rige la incorporación del interno condenado al período de libertad condicional estableciendo requisitos concretos y de necesaria verificación, como presupuesto de procedencia (art. 12 de la citada norma y art. 13 del Código Penal).

Por último, habré de considerar que conforme el art. 8 de la ley 24.660: “...*Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a la disposición de la ley.*”.

Cerrando esta primera parte del examen cabe recordar que, más allá de las objeciones y críticas de las que han sido objeto las disposiciones transitorias de la ley 24.660, expresamente se establece en ellas, que la citada norma resulta complementaria del Código Penal (art. 229 de la ley), es decir, forma parte de la ley penal de fondo.

Estas premisas, resultan de esencial consideración para decidir la cuestión sometida a examen pues, no tan sólo nos informa cuál es la finalidad que a la pena atribuye nuestro ordenamiento jurídico con base en la Constitución Nacional y en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal sino, también, la manera en que se instrumenta el sistema penitenciario al que queda sometido el condenado a una pena de efectivo cumplimiento, en procura de aquel designio.

De esta forma, “...*el constituyente estableció de manera expresa los principios de humanidad y progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad, que deben regir como pauta orientadora de la actividad de los órganos estatales que intervienen en la Ejecución, siendo la resocialización y readaptación social del condenado su principal finalidad...*” (del voto del Dr. Hornos, causa n° 675/2013, Sala IV, rta. 20 de diciembre de 2013, Registro n° 2557/13).

La progresividad, diseñada por el constituyente, importa “...*la posibilidad de que el condenado pueda, conforme a los rasgos*



considerados indicadores de evolución en el tratamiento aplicado, ser incorporado paulatinamente desde una situación de rigidez carcelaria hasta estadios de autodisciplina, para así ingresar a modalidades de confianza que le permitan egresar periódicamente del ámbito penitenciario con el propósito de afianzar sus vínculos socio familiares y poder trabajar extramuros en iguales condiciones a las que la vida libre y, finalmente, acceder a institutos que signifiquen su soltura anticipada y condicionada..” (“Análisis del Régimen de Ejecución penal” López- Machado; Fabián Di Plácido Editor-2014-pág. 68/9).

Ahora bien, el planteo concreto, y sobre el que se centró el contradictorio, trae consigo la descalificación constitucional de los arts. 14 inc. 11 del Código Penal, en la redacción de la ley 27.375, en tanto afectarían el principio de igualdad afianzado en la Constitución Nacional (art. 16), en el régimen –progresivo- de ejecución de las penas privativas de la libertad a algunos condenados y en virtud del delito cometido.

Cabe señalar, como punto de partida, que corresponde al Poder Legislativo de la Nación valorar conductas, tipificarlas como infracciones penales y decidir, en esa misión constitucional, la pena que estima adecuada para esa actividad que considera socialmente dañosa (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).

En esta hermenéutica, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “...conforme a lo dispuesto por el art. 67 inc. 11 de la Constitución... [actual art. 75 inc. 12 de la Ley Fundamental]...es facultad del Congreso reglar lo referente a las penas que deban aplicarse por los delitos que se cometan en el territorio de la Nación o cuyos efectos deban producirse en él. Esa atribución resultaría, sin duda, desvirtuada si no comprendiera también la de reglar lo referente al cumplimiento de dichas penas. Pues...los fines perseguidos para imponer penas para los delitos pierden eficacia si el régimen carcelario no se aplica de acuerdo con los propósitos que se tuvieron en vista al fijar las represiones...” (Fallos 209:342).





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Con la sanción de la ley 27.375, se modificó, conforme su artículo 30, el art. 56 bis de la ley 24.660, que quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1)11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los arts. 34, 54 y concordantes de la presente ley.”

Asimismo, la citada ley, a través de su art. 38 modificó el art. 14 del Código Penal, que quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 14: La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 1) 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.”

Como se aprecia, el órgano constitucionalmente encargado de dictar las leyes, Congreso de la Nación, en ejercicio de facultades que son de su competencia (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional) al dictar la ley 27.375, no sólo vino a confirmar el criterio de mayor severidad oportunamente asumido a través de las modificaciones introducidas por la ley 25.892, sino que, además, amplió esa postura restrictiva afincado en razones de política criminal, según los cuales desechó el acceso al período de libertad condicional como también a los beneficios del período de prueba -entre otras restricciones- a los condenados por determinados delitos entre los que se encuentran, ahora, aquél por el que fuera llamado a responder Ezequiel Hernán Bergara.

En este sentido, decía el Senador Urtubey al avalar la reforma que “...Lo que estamos planteando acá, para hacerlo bastante sencillo, no es una pena indeterminada que, por supuesto, es inconstitucional. No es aumentar las penas. Simplemente es decirle: el juez, el tribunal, artículo 18 de la Constitución Nacional, el juicio previo impuso una pena, pues, en determinados delitos, que se



cumpla esa pena ...”; en esa misma sesión, el Senador Cobos, por su parte, expresó que “... *No confundamos que estamos sancionando una ley para restringir las salidas transitorias y solamente para prohibir la libertad condicional en crímenes aberrantes. Estamos restringiendo, eso sí, pero estamos abordando y mejorando todo el principio de progresividad del cumplimiento de la pena.... generando así un mecanismo de resocialización, de rehabilitación con mayor eficacia, con mayor seguimiento...*” (Cámara de Senadores de la Nación, período 135°, 5ta. Reunión, 3ra. Sesión Especial, 26 de abril de 2017, Versión taquigráfica).

Ahora bien, no obstante, esos antecedentes, entiendo que la reforma legislativa ha venido a afectar, en lo que al caso en examen respecta, normas de raigambre constitucional.

Y no se trata de hurgar sobre cuestiones ajenas al examen judicial, avanzando sobre competencias y funciones que son propias de otros poderes del Estado (cuestiones políticas no judiciales), con menoscabo al equilibrio impuesto por el sistema republicano de gobierno -art. 1 de la Ley Fundamental-, sino, antes, al contrario, restaurar la vigencia de la Constitución Nacional y de los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal -art. 75 inc. 25 de la Constitución Nacional- lesionados por esa decisión, en tanto ha afectado derechos y garantías consagrados en ellos.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “... *la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga en la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el*





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley....” (Fallos 266:688; 285:369; 300:241, 1087; 310:1162; 314:424, entre otros).

Y, en esa inteligencia ha expresado, también, que “...el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces...” (Fallos 310:642; 320:1166, 2298).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: “...25) Que no compete a esta Corte evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria y, menos aún su política criminal en la parte en que le compete, como tampoco podría hacerlo ni siquiera respecto del Estado Federal...”

“..... 27) Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.



No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución...” (Fallos 328:1146).

Es claro y evidente entonces, que los efectos de la política criminal asumida por el legislador en el caso sujeto a examen, trajo consigo una modificación en el artículo cuestionado por la defensa que veda la incorporación al período de libertad condicional a Ezequiel Hernán Bergara por la sola consideración a la naturaleza del delito cometido

Las consecuencias de esta decisión legislativa, por su entidad y alcance, entran en la esfera de incumbencia del órgano judicial, en tanto ha afectado de manera manifiesta principios y garantías afianzados en nuestro sistema constitucional.

En efecto, esta realidad vulnera, como premisa, el principio de igualdad ante la ley y, así también, el de razonabilidad, para poner en crisis el fin de la pena y del régimen penitenciario diseñado por el constituyente, con el consecuente menoscabo al designio resocializador que deben afianzar tanto uno como el otro.

Así lo entiendo pues, nuestro sistema constitucional ha consagrado de manera expresa los principios de humanidad y de progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad y son esos principios los que deben informar y gobernar la actuación de los órganos del Estado encargados de su cumplimiento, y a aquéllos someter el régimen penitenciario de aplicación a todos los condenados a penas de efectivo cumplimiento, sin distinción.

El régimen progresivo se consolida a través de cuatro instancias, como quedó evidenciado en el examen de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad realizado precedentemente; sus cuatro períodos marcan un camino, en el proceso que sigue el interno en su vida intramuros, que va desde la privación de la libertad hasta su restricción.

De esos períodos sólo uno no requiere el paso previo por los anteriores (el periodo de libertad condicional), pero esa circunstancia





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

no lo sustrae del régimen progresivo ni de la finalidad resocializadora que tiene la pena privativa de la libertad.

En efecto, la norma que rige “la libertad condicional” (art. 13 del Código Penal y art. 28 de la ley 24.660), es concluyente en orden a que el interno no sólo debe satisfacer un determinado lapso de la pena impuesta dentro del ámbito penitenciario sino, además, debe poner de manifiesto, con su esfuerzo individual, una determinada evolución en la vida intramuros que, valorada por los órganos competentes de la agencia penitenciaria, les permita expresar, a través de fundados informes, un pronóstico favorable de reinserción social.

Entonces, y sólo entonces, procederá su salida, su externación de la órbita penitenciaria que no deja de ser restrictiva de su libertad, en tanto impone, como contrapartida, una serie de condiciones que inexorablemente debe cumplir el condenado -con |integran el bloque de constitucionalidad federal sino, además, se nutre en los principios plasmados en documentos y reglas emanadas de los organismos internacionales.

Y que no se diga que esas normas son ajenas a los intereses de la sociedad pues, la mismas Reglas citadas, especifican: 58. *El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de la libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.* Y es ese dato, en el régimen de la ejecución de la pena, parte esencial de su finalidad, en tanto se destaca como designio “...promover la comprensión y el apoyo de la sociedad...” (art. 1 de la Ley 24.660)

Entonces, los efectos de la política criminal instrumentada en la ley, ha afectado profundamente, principios y garantías afianzados en el sistema constitucional argentino y, por ello, se impone el control de constitucionalidad que incumbe a los magistrados del Poder Judicial.



En efecto, el principio resocializador de la ejecución de la pena en modo alguno persigue y concluye en la obtención de la libertad una vez agotada la sanción impuesta por la condena.

La exégesis de la ley y el reglamento, pone en evidencia que el paso por las distintas fases y períodos del tratamiento penitenciario determina la morigeración de las condiciones de detención de los internos, en la medida que éstos van adquiriendo, en ese tránsito, herramientas que le permiten cumplir el fin de toda ejecución de la pena, es decir, la readaptación al medio libre que lleva consigo un contacto con el mundo extramuros, como instancia previa a su egreso por el agotamiento de la sanción impuesta.

El legislador, entonces, ha construido un esquema que brinda la posibilidad al condenado de acceder -a través de diferentes regímenes, y/o institutos diseñados dentro de la progresividad- a egresos periódicos o bien a institutos que signifiquen su soltura anticipada y condicionada, como medio necesario para conseguir la readaptación social.

Negarle al interno la incorporación al período de libertad condicional, por el hecho de haber sido condenado por un delito en particular (art. 14 inc. 11 del Código Penal, art. 56 bis inc. 11 de la ley 24.660), afectan el fin primordial de la ejecución de la pena, que es la resocialización del condenado y que goza de jerarquía constitucional, sustrayéndolo de instancias y de derechos que le son reconocidos en virtud de su esfuerzo individual demostrado en el curso de la progresividad.

La reforma, viene a introducir una línea divisoria de los delitos en general con respecto a aquellas infracciones comprendidas en las normas en pugna que somete a los penados a un tratamiento diferenciado con el consecuente menoscabo a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás.

Es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “... 13)... desde sus primeras decisiones (Fallos 16:118) este Tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a apropósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino en una objetiva razón de discriminación (Fallos 301:381, 1094; 304:390)

Que, en este sentido, la garantía de la igualdad exige que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina Fallos: 138:313; 147:402), considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos: 256:241, considerando 5º y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos: 250:410, considerando 2º)...” (Fallos 321:3620).

A la luz de lo expresado, la distinción de trato impuesta por el legislador se muestra manifiestamente arbitraria, en tanto no encuentra fundamento en el texto constitucional al que, a su vez, contraría, en la medida que expresas garantías que hacen al diseño de la pena y al régimen penitenciario establecido -en procura de la readaptación social del interno para su reinserción social-, se ven desarticuladas, al generar el desinterés de una de las partes del sistema, al percibir ésta que su esfuerzo, aquél que es dable esperar de su parte, no tendrá sentido para el régimen progresivo.



Desde otro perfil, la norma impugnada afecta profundamente, también, el principio de razonabilidad de los actos de gobierno (art. 1 y 28 de la Constitución Nacional), en tanto, bajo el pretexto de haber sido incorporadas por el Congreso de la Nación, en ejercicio de facultades que son de su competencia –art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional- ha venido a desvirtuar un derecho fundamental reconocido en la Carta Magna, como es el de que todo condenado a cumplir una pena privativa de la libertad lo haga enmarcado en el sistema de la progresividad, régimen en el cual la evolución del interno, a partir de la favorable respuesta al tratamiento penitenciario, le permite acceder a instancias menos restrictivas de la libertad (con egresos periódicos del ámbito penitenciario e institutos que importen su soltura anticipada y condicionada).

Los derechos reconocidos por la Ley fundamental pueden y han de ser reglamentados porque es la propia Norma la que así lo establece (art. 14 de la Constitución Nacional).

Pero, es ella misma, también, quien se encarga de establecer los límites a esa potestad al disponer que los principios, garantías y derechos que reconoce su texto no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 de la Constitución Nacional).

Alterar sustancialmente el régimen de progresividad penitenciaria establecido por la ley de ejecución de las penas privativas de la libertad, apartándolo del fin resocializador que le reconoce a la pena y al sistema penitenciario **en virtud de la naturaleza del delito cometido**, importa una irrazonable afectación a principios, derechos y garantías reconocidos en la Ley fundamental con un excluyente menoscabo al principio de igualdad.

Por tales argumentos, entiendo que le asiste razón a la doctora Gil y corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 inc. 11 del Código Penal.

Y si bien es cierto que el tema en tratamiento, en cuanto objeto de impugnación constitucional, se conecta con el periodo de la progresividad penitenciaria conectado, en consecuencia, con una persona condenado a una pena de efectivo cumplimiento, amerita su tratamiento y consideración, por cuanto la situación procesal de





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Bergara, de cara al alcance del acto acusatorio, se enmarca en la hipótesis prevista en el art. 317 inc. del Código Procesal Penal de la Nación, el cual para su aplicación remite al art. 13 del Código Penal.

En consecuencia, toda vez que en el marco de ese instituto la libertad condicional no precede respecto de quienes fueron condenados por delitos aduaneros y aquí, uno de los hechos atribuidos a Bergara, en el acto acusatoria, se vincula a ellos, la remisión al citado art. 13 no puede dejar a extramuros de consideración el tenor y alcance del art. 14 inc. 11 del Código Penal.

Consecuentemente, la declaración de inconstitucionalidad a la que arribo aquí tiene por fundamento esa vinculación.

IV.- Teniendo en consideración el resultado al que se arribó precedentemente es que se analizará si se dan en el supuesto de autos los requisitos exigidos por la norma procesal para conceder la excarcelación de Ezequiel Hernán Bergara en los términos de la libertad condicional (art. 317 inc. 5° del Código Procesal Penal de la Nación).

Conforme el cómputo practicado por Secretaría el nombrado Bergara se encuentra en condiciones temporales de acceder a su excarcelación en los términos señalados, desde el día de ayer.

Confirmado ese presupuesto, además, en el tiempo que lleva cumpliendo su detención en la modalidad de arresto domiciliario, ha cumplido con las pautas de conductas impuestas, conforme se desprende tanto de la compulsa de las constancias obrantes en el incidente de arresto domiciliario como lo informado por la Dirección de Monitoreo, es decir, a mi entender, los requisitos de la ley procesal que habilitan la soltura provisional de aquél se encuentran satisfechos plenamente.

En consecuencia, adecuada la situación del imputado a las exigencias del artículo 317 inciso 5to del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde conceder la excarcelación, siendo suficiente, a los fines de asegurar la sujeción del condenado al trámite de la presente encuesta, fijar una caución de carácter juratorio (artículo 320 de la ley procesal penal).

Así voto.



El señor juez Germán Andrés Castelli dijo:

Primeramente, habré de tratar el planteo de inaplicabilidad de la modificación introducida por la ley 27.375 (publicada en el Boletín Oficial el 28 de julio de 2017) a la ley de Ejecución Penal y al Código Penal de la Nación, mediante la cual se introdujeron una serie de excepciones a las modalidades básicas de la ejecución, especificando que no pueden otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a las personas condenadas por ciertos delitos, entre los que se encuentran los previstos por los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero (artículo 56 bis de la ley 24.660 y 14, inciso 11°, del Código Penal).

Al respecto, corresponde repasar que, a partir del alegato fiscal, el 12 del corriente mes y año, en el curso de la audiencia de debate oral y público, el representante del Ministerio Público Fiscal, solicitó se condene a Bergara como autor penalmente responsable del delito de **asociación ilícita**, en carácter de miembro –Hecho 1- (artículo 210 del Código Penal de la Nación); coautor del delito de **contrabando de importación** de un fusil semiautomática, sin marca ni numeración, calibre 5,56 mm del tipo m4 (Plataforma AR 15) -Hecho 3- (artículos 863, 864, inciso “d”, 865 inciso “a” y 867 del Código Aduanero) y coautor del delito de la **tenencia de armas de fuego y materiales explosivos** como así también la fabricación ilegal de armas de fuego que realizaban de manera habitual -Hecho 4- (189 bis, apartados 1, 2 y 3 del Código Penal de la Nación) los cuales deberán concursar en forma real (artículo 55 del Código Penal de la Nación), a la pena de **5 AÑOS de PRISIÓN**, MULTA 10.000.000 de pesos, INHABILITACIÓN absoluta por el tiempo que dure la condena, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS.

Si bien asiste razón a la defensa en cuanto a que la causa se inició en el año 2016, no es menos cierto que uno de los delitos por los cuales se ha requerido la condena de Bergara, resulta ser un delito permanente -asociación ilícita, abarcando el período desde el mes de septiembre de 2016 hasta el 13 de julio de 2021, fecha en la que cual se detuvo al nombrado.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Con esto quiero evidenciar que, si bien el inicio de la causa ha sido previo a la sanción de la normativa que se cuestiona, -28 de julio de 2017- no es menos cierto, que la naturaleza del delito previsto en el art. 210 del Código Penal – me lleva a determinar, que el planteo de inaplicabilidad de la ley 27.375, no tendrá acogida favorable, conforme al criterio que sostengo.

Por ello, y al no haber dado la defensa otro argumento que permita sostener la posición contraria, entiendo que la norma cuestionada resulta plenamente aplicable al caso de Bergara, de conformidad con lo estipulado por el artículo 2° del Código Penal

Determinada la ley a aplicar, y teniendo en consideración el planteo formulado por la defensa técnica de Ezequiel Hernán Bergara, corresponde, adentrarse en el tratamiento de la inconstitucionalidad de la norma señalada -ley 27-375-.

Lo primero que quiero destacar es que, desde su sanción en el año 2017, la constitucionalidad de las previsiones de los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660, según la redacción de la ley 27.375, ha sido ampliamente debatida por los tribunales de la nación, y, transcurridos ya casi cinco años de su publicación en el boletín oficial, puede decirse que existe una opinión mayoritaria entre los jueces y juezas de la Cámara Federal de Casación Penal respecto de la validez constitucional de las normas señaladas.

En efecto, la Sala I del Tribunal de Alzada ha afirmado (en términos generales y poniendo el foco en el principio de igualdad) que la limitación establecida por el legislador no resulta inconstitucional, en tanto la pauta de selección (esto es, delitos que consideró especialmente graves para la sociedad) resulta, en principio, válida, “toda vez que no obedece a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, como serían la raza, el sexo, el idioma, la religión, la ideología o la condición social -art. 8 de la Ley 24660-, sino a una objetiva razón de discriminación” (del voto del juez Daniel Petrone en la causa FPO 101/2020/TO1/6/1/CFC1 “MOVSESIAN, Bruno Gabriel s/ recurso de casación”).

Sin embargo, han sostenido que “en algunos casos muy extremos la aplicación de esta limitación puede llegar a resultar



irrazonable y, por ende, constitucionalmente cuestionable. Esto es, cuando la intensidad con la que se haya afectado al bien jurídico tutelado no logre justificar el tratamiento penitenciario diferenciado pensado para los casos graves de las características que surgen de la discusión parlamentaria que precedió la sanción de la Ley 27375” (misma cita).

Por su parte, la Sala II del órgano casatorio también se ha expedido en innumerables fallos respecto de la constitucionalidad de la reforma cuestionada. Particularmente el juez Yacobucci ha sostenido, respecto del fin de reinserción social de las penas, que si bien la normativa impide el acceso a la libertad condicional, establece un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad diferenciado, que se denomina “régimen preparatorio para la liberación”, y establece la confección de un programa específico de carácter individual que prevé la posibilidad de que el interno sea incorporado a un sistema de salidas con o sin acompañamiento para prepararse para su incorporación definitiva al medio libre.

En virtud de ello, consideró que ese instituto no impide la conquista de la llamada reinserción social (causa 10798/2017/TO1/1/3/1/CFC1 “DE LIMA, Claudio Gabriel”, entre muchas otras).

En el mismo sentido se han expedido por mayoría los miembros de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, destacándose particularmente que “en nada se ve afectada la progresividad del régimen penitenciario o la posibilidad de reinserción social del condenado en tanto la misma ley 27.375 introdujo en los artículos 56 ter y quater un régimen de libertad anticipado por uno preparatorio tendiente a su resocialización” y que tampoco se observa afectado el derecho de igualdad en tanto “todos aquellos condenados por los delitos previstos previamente fijados por el legislador en atención a la especial gravedad se encuentran sometidos al mismo régimen, lo que garantiza la igualdad asentada en la Carta Magna, y sella la inviabilidad de la inconstitucionalidad declarada” (Causa No FRE 14479/2018/TO1/6/1/CFC1 “Soto, Pedro Adrián s/recurso de casación”, entre muchos otros).





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Finalmente, la Sala IV se ha expedido por unanimidad respecto de la constitucionalidad de la norma en trato en distintos precedentes, afirmándose que “la limitación introducida no obedece a criterios de peligrosidad (...) sino que se apoya en una circunstancia objetiva, esto es, la indiferencia del autor del hecho a las nuevas consecuencias que, en relación al régimen progresivo de la pena, demostró al momento de cometer el delito”. Es decir, la norma encuentra fundamento en razones de política criminal que de ningún modo colisionan con el principio de igualdad, ya que la categorización se basa en un criterio meramente objetivo y comprobado que es el tipo de delito por el cual fue condenado el causante (ver voto del juez Hornos en causa FPO 9228/2017/TO1/4/3/1/CFC1, entre otras).

En cuanto a la posición minoritaria, se encuentra compuesta por las opiniones del juez Gemignani y la jueza Ledesma.

El primero, como integrante de la Sala III del órgano casatorio, se ha expedido en numerosas resoluciones por la inconstitucionalidad del inciso 10 del artículo 14 del Código Penal, y del artículo 56 bis, inciso 10, de la ley 24.660, tras considerar que su contenido resulta incompatible con el principio de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos de gobierno, y de progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad y su finalidad de reinserción social.

En términos generales, sostuvo el magistrado que “las diferenciaciones establecidas en los artículos en crisis, se presentan arbitrarias y carentes de un criterio válido que las sustente” y que “no quedaron expresados los motivos suficientes por los cuales el legislador nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales (art. 75 inc. 12 de la CN), decidió que quienes hayan cometido los delitos allí previstos, no puedan acceder a uno de los institutos principales del régimen de progresividad penitenciaria (la libertad condicional y el período de prueba)” (cfr. Causa N° FRE 14479/2018/TO1/6/1/CFC1 “Soto, Pedro Adrián s/recurso de casación” resuelta el 16/12/2020).

Por su parte, la jueza Ledesma se expidió también por la invalidez constitucional de esas normas, sosteniendo que “las restricciones que establecen los artículos (...) no encuentran



basamento en la conducta del condenado mientras cumple la pena, sino que se basan excluyentemente en el delito cometido contra la ley 23.737; pauta que resiente la igualdad que debería regir en el trato hacia los condenados y que anula la importancia de la conducta individual del condenado en su evolución personal hacia la reinserción social”.

Asimismo, la magistrada entiende que el régimen preparatorio previsto por el artículo 56 quáter para estos casos no es una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo, “pues carece de un requisito esencial: la existencia de un mecanismo supervisado de libertad permanente antes del vencimiento de la pena”.

Finalmente, la jueza destaca que, a partir de la doctrina del caso “Véliz” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del fallo “Jenkins vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultan inconstitucionales las disposiciones que, con base en determinadas hipótesis delictivas, relativizan derechos protegidos constitucionalmente (cfr. causa FSA 18873/2018/TO1/7/1/CFC2 del registro de la Sala IV, resuelta el 30/03/2021).

Sentado ello, adelanto que habré de coincidir con la postura mayoritaria del órgano casatorio, no compartiendo, de esta manera, lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal.

En primer lugar, porque considero que la reforma introducida por la ley 27.375 no vulnera per se el objetivo de readaptación social de la persona condenada, que no es otro, como se verá a continuación, que el que se deriva de la humanización de la pena, propia del respeto de la dignidad inherente al ser humano.

Sobre este punto, corresponde recordar el criterio del suscripto en cuanto al significado no absoluto del concepto relativo a la “reforma y readaptación social” de la persona condenada.

Al respecto, como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°3 de San Martín, he manifestado mi coincidencia con el entonces juez David de la Cámara Federal de Casación Penal, en cuanto a que de los fines de la pena establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, relativos a la “reforma y readaptación social” (art. 5.6 CADH y art. 10.3 PIDCP y





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), “no es posible inferir que los Estados estén obligados a incluir en sus sistemas penales, el régimen de libertad condicional, o que el acceso a ésta sea obligatorio para todos los condenados” (CFCP, Sala II, “Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación” causa n° 14.423).

Así, en base a ello, he sostenido que “si se trata de buscar argumentos en la letra específica de los citados pactos, cabe aclarar que ambos propósitos aparecen descriptos como una finalidad “esencial”, que, a juzgar por la acepción otorgada a esa palabra por la Real academia española, autoriza a sostener que se trata de una finalidad primordial o sustancial, pero no única o exclusiva (Diccionario de la Real Academia Española, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2006)” (causa n° 2757 “Cruz, Carlos Fernando s/ incidente de libertad condicional por inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal”, resuelta en abril del año 2014).

A ello, debe aunarse que, como juez subrogante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de la Capital Federal, sostuve que: “el debate acerca de los fines de la pena se remite a siglos antes e incluso en la actualidad, no tiene una respuesta definitiva”.

En dicha oportunidad, con cita de Ziffer, remarqué que: “las llamadas teorías de la pena constituyen posiciones básicas sobre la legitimidad del Estado como imponer un castigo. Se trata de una cuestión eterna de la filosofía moral y política y resulta ingenuo pretender que un legislador pueda deshacer el nudo más intrincado de las teorías penales. Antes bien, es preferible que cada época determine el sentido de la reacción estatal contra la conducta desviada al ritmo de la evolución de las ideas. La proclamación constitucional, por ejemplo, del principio de retribución o de la prevención general positiva como pilar del sistema penal nunca podría evitar, por ejemplo, que en tiempos en los que predomina el pensamiento de la prevención especial, sea éste el criterio de legitimación dominante”; para luego concluir que “la ley debe señalar la gravedad relativa de los hechos mediante la identificación de éstos y la determinación de sus respectivos marcos penales. Lo demás le incumbe a la ciencia y a la filosofía moral de cada época” (Ziffer,



Patricia S., “El sistema argentino de medición de la pena (art. 41 del Código Penal argentino)”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Números 1- 2, ed. AdHoc, Bs. As., 1996, pp. 190 y 191”.

Además, afirmé que, más allá de lo que declaman instrumentos y leyes, la pena a mi juicio, tiene un fin esencialmente retributivo -desde una perspectiva actual-, de la que se desprenden efectos preventivos “(Rivacoba y Rivacoba, Manuel de; “Función y Aplicación de la Pena”, ed. Depalma, Bs. As., 1993, ps. 45/6 y 173)”. Para agregar lo que sigue a continuación: según “la idea de retribución, el hecho cometido opera como fundamento y medida de la pena, siendo ésta la respuesta al hecho y debiendo adecuarse al grado del injusto y de la culpabilidad, o, con otras palabras, haber sido merecida tanto en su clase como en su cuantía (principio de culpabilidad)”.

En ese sentido, “el concepto de retribución ha experimentado un profundo cambio de significado desde la Ilustración en el siglo XVIII. Retribución significa hoy que la pena debe ser equivalente al injusto culpable, conforme al principio de la justicia distributiva” (Jescheck, “Tratado de Derecho Pena”, Ed. Comares-Granada, 1993, pág. 58).

“Como la retribución fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de autodeterminarse y obrar conforme a valores, es que reconoce su dignidad. Esta teoría sostiene que la pena no es medio para ningún fin extrínseco, ajeno a su propia noción, sino que constituye la mera sanción del delito, su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agoten en ella misma. En suma, “la idea retributiva ha de llevar por sus pasos contados a la humanización del sistema penal” (conf. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de; ob. cit., págs. 17 y 45).

Tal como señala Rivacoba y Rivacoba “retribución es la desaprobación o desvaloración pública, que se expresa o, quizá mejor, concreta en la pena, de los actos de más grave trascendencia social” (ob. cit., pág. 53).





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Resulta indudable,.. a nuestro juicio, que una pena aplicada con criterios retributivos actuales, habrán de generar, a su vez, efectos denominados preventivos generales (Ferrajoli, Luigi; "Derecho y Razón", ed. Trotta, España, 1995, págs. 368 y 369, y Rivacoba y Rivacoba, Manuel de; ob. cit., págs. 17 y 45/46).

En lo que respecta a los fines preventivos especiales de la pena, con independencia de lo que sostengan sus cultores acerca de la resocialización del sujeto, sólo debe rescatarse, exclusivamente, el propósito de la sociedad por humanizar las penas; sin que deba importar si, por tal cometido, se consigue dicha resocialización. Ello debería ser así, en tanto la retribución reconoce la dignidad humana, y el Estado, con el objeto de resguardar esa calidad, está obligado a brindarle al individuo todas las medidas que puedan disponerse para resguardar esa condición, sin que, por ello, se debilite la desaprobación social del hecho cometido (Rivacoba y Rivacoba, Manuel de; ob. cit., pág. 45).

En suma, con lo dicho hasta aquí podemos afirmar que, sin importar el monto de la pena impuesta, la que, en definitiva, se corresponderá con el grado del injusto y de la culpabilidad; en su aplicación en concreto, deberá disponerse toda aquella medida que tienda a humanizar el castigo" (TOCF n°5 de Capital Federal, "Mariani, Hipólito Rafael s/arresto domiciliario", causa n°1.170-A, rta. 5/8/2011).

Pues bien, desde esta perspectiva también puede resaltarse lo señalado por el juez Yacobucci en el precedente señalado, en punto a que los condenados por los delitos identificados por el artículo 56 bis de la ley 24.660 cuentan con herramientas vinculadas a la readaptación social –que, como dije, no tienen otro propósito que la humanización de la pena-. A lo que cabe añadir, como se señaló, que los instrumentos internacionales no obligan a los Estados a incluir en sus sistemas penales, por ejemplo, el régimen de libertad condicional.

En virtud de ello, advierto que Bergara se encuentra actualmente cumpliendo su pena en arresto domiciliario, circunstancia que ya lo coloca en una posición diferente en miras de su reincorporación al medio libre respecto de las personas que lo



hacen en un centro de detención. En efecto, el encartado convive en su domicilio con sus hijos, asumiendo un rol de cuidado (según se desprende de los informes recolectados en autos).

Por lo demás, tal y como lo sostuve en el precedente “Etchecolatz, Miguel Osvaldo S/ Legajo de Ejecución Penal” (CN° 91002251/TO1/1 del registro del TOF 1 de La Plata, resulta el 11/12/2017), el hecho de que el régimen de progresividad penitenciario de Bergara se haya interrumpido a partir de la incorporación del nombrado al instituto del arresto domiciliario no le impide, per se, la concesión de aquellos beneficios que la ley prevea para él, que corresponderá evaluar ante un concreto pedido de su defensa.

En lo que refiere al principio de igualdad establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, no advierto tampoco la vulneración proclamada por la defensa

Es que, como se ha dicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de forma inveterada ha sostenido que esta garantía consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 16:118). De forma tal que son procedentes tratos disímiles en situaciones que resultan distintas.

Es lo que ocurre con esta ley en particular, en la cual se ha hecho una distinción objetiva basada en la clasificación de delitos que el legislador consideró de especial gravedad, con fundamento en razones político-criminales, cuyo mérito o conveniencia no corresponde sea meritado por el suscripto, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410, 318:1256, entre otros).

Por ello, realizado el control jurisdiccional de la normativa aplicada al caso en concreto, entiendo que la misma resulta compatible con las normas constitucionales en juego, por lo que corresponde rechazar el planteo de la parte.

Toda vez que el art. 317 inc. 5 del Código Procesal Penal de la Nación para su aplicación remite al instituto de la libertad





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

condicional -art 13 del Código Penal-, implícitamente lleva consigo la adecuación del tiempo de detención de Bergara, frente al pedido fiscal, en las reglas de ese instituto conforme la pena requerida por la parte acusadora y el tiempo que cumplió en encarcelamiento cautelar.

Sin embargo, habida cuenta que esa remisión a dicho instituto no debe ser examinada de manera solitaria en el marco del art. 13 de la ley penal de fondo, sino en forma sistemática con todas aquellas que a la libertad condicional aluden, no ha de omitirse considerar, que el art. 14 inc. 11° del citado cuerpo normativo impide la aplicación de la libertad anticipada en los casos de los delitos aduaneros, como aquellos por el que fue acusado el Bergara.

De esta manera la situación procesal del nombrado, no encuentra fundamento en el art. 317 inc. 5° citado, por cuanto el hecho delictivo que se le imputa impide la aplicación a él del instituto de la libertad condicional.

Por tanto corresponde el rechazo.

Así voto.

El señor juez José Antonio Michilini dijo:

En primer lugar, he de compartir el voto del colega preopinante con las siguientes aclaraciones:

De las constancias obrantes en los autos principales, al momento de efectuar el alegato el Representante del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Diego Iglesias, en el curso del juicio, el 12 del corriente mes y año, solicitó se condene a Ezequiel Hernán Bergara como autor penalmente responsable del delito de **asociación ilícita**, en carácter de miembro –Hecho 1- (artículo 210 del Código Penal de la Nación); coautor del delito de **contrabando de importación** de un fusil semiautomática, sin marca ni numeración, calibre 5,56 mm del tipo m4 (Plataforma AR 15) -Hecho 3- (artículos 863, 864, inciso “d”, 865 inciso “a” y 867 del Código Aduanero) y coautor del delito de la **tenencia de armas de fuego y materiales explosivos** como así también la fabricación ilegal de armas de fuego que realizaban de manera habitual -Hecho 4- (189 bis, apartados 1, 2 y 3 del Código Penal de la Nación) los cuales deberán concursar en forma real



(artículo 55 del Código Penal de la Nación), a la pena de **5 AÑOS de PRISIÓN**, MULTA 10.000.000 de pesos, INHABILITACIÓN absoluta por el tiempo que dure la condena, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS.

Así, al analizar las constancias relevantes de este proceso, surge Bergara, se encuentra detenido desde el 13 de julio de 2021 hasta la fecha. Cabe destacar que de la compulsa del incidente de arresto domiciliario, el nombrado transita su detención en su domicilio particular desde el 15 de enero del corriente año, con los debidos controles por parte de la Dirección de Monitoreo electrónico.

Por otro lado, corresponde resaltar, que el hecho por el cual la fiscalía ha solicitado la condena del nombrado en estas actuaciones, data desde el mes de septiembre de 2016, hasta el 13 de julio de 2021.

Dicho esto, cabe verificar si la situación del enjuiciado en autos se encuentra alcanzada por lo prescripto por el art. 14, segundo párrafo -inciso 11- del Código Penal (texto según ley 27.375), siendo la respuesta afirmativa.

En tal sentido, cabe destacar que uno de los hechos por los cuales se ha requerido la condena del nombrado, se trata de un delito permanente -asociación ilícita- razón por la cual, la ley que debe aplicarse, es la que se encuentra vigente al momento del cese del delito, es decir en este caso, el 13 de julio de 2021, es decir la ley 27.375, que modificó tanto el art. 14 del C.P., como la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660 (B.O. 28 /07/2017).Aclarado ello, abordaré el planteo de la inconstitucionalidad formulado por la defensa técnica, Dra. Ana María Gil, adelantando que no tendrá acogida favorable, ello por los fundamentos que de seguido pasaré a explicar. Cabe principiar subrayando que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Fallos 226 :688; 242:73; 285:369; 300:241 y 314:424, entre muchos otros), tiene dicho lo siguiente: “...**la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma**





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley...” (textual), el destacado y subrayado aquí añadido.

En tal sentido, es dable referir que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de la actividad legislativa y/o técnica legislativa de la normativa cuestionada por la defensa, en este caso en particular, no son puntos sobre los que el Poder Judicial debe pronunciarse; por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional y de aplicación restrictiva- exige que la contradicción de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (C.S.J.N., Fallos: 308 :1361; 313:410; 324:2248; 325:2600; 327:4495).

Sentado ello, debo señalar que, en el análisis del caso bajo tratamiento, no se advierte un agravio concreto

Dicho en otras palabras, la defensa realizó una serie de consideraciones dogmáticas, relativas a afectaciones a principios constitucionales sin concretar sobre el punto, lo cual permite a este juzgador descartar el planteo defensorista bajo estudio.

A continuación, abordaré los diferentes cuestionamientos de la defensa, en relación con aquellos principios de raigambre



constitucional que se enumeran a lo largo de la presentación de la parte, a saber: reinserción social, progresividad, igualdad, y razonabilidad.

En ese sentido, cabe traer a colación que si bien la normativa internacional con jerarquía constitucional (art. 75 –inc. 22º- C.N.), establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 75 -inc. 22º-, art. 5.6 de la C.A.D.H. y 10.3 del P.I.D.C.P.), no se deriva de tales disposiciones, que el Estado deba implementar un determinado plan de ejecución de la pena privativa de la libertad que permita la libertad condicional del condenado en el artículo 13 del Código Penal. Tampoco, se sigue que otras formas de ejecución, con o sin liberación anticipada del condenado no sean suficientes para ajustarse al propósito de la Convención (cfr. Fallos del T.S.J. de la Provincia de Córdoba del 04/10/2011, en la causa "Garay, Ricardo Aníbal s/Ejecución pena privativa de libertad – Recurso de inconstitucionalidad"; TSJ de la Provincia de Salta del 20/9/2012, en la causa “c/c Jaime, Jorge Esteban –recurso de inconstitucionalidad”).

En efecto, el legislador, siguiendo el imperativo constitucional, estableció en el sentido y con el alcance que esa institución tiene en el artículo 1º de la ley 24.660: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto” (textual).

A su vez, surge del art. 56 quáter de la normativa aludida, modificado por ley 27.375, que: “En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA PLATA NRO. 2

carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior.” (textual), el subrayado aquí añadido.

Es claro a partir de lo señalado “ut-supra” que las personas condenadas por los delitos mencionados en el art. 56 bis de la ley 24.660 (texto según ley 27.375) no se encuentran privadas de la posibilidad de resocializarse, sino que la normativa penitenciaria, habilita una progresividad en las modalidades especialmente reguladas y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos específicos.

De seguido, cabe abordar el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del artículo mencionado, basado en la violación de los principios de igualdad y razonabilidad.

En esencia, la jurisprudencia del Máximo Tribunal sostiene que la garantía constitucional del art. 16 de la Carta Magna, implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias y que las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos son valederas, en tanto, no obedezcan a propósitos de injusta persecución o un indebido privilegio.

Pues bien, si la ley no supera estos parámetros, podrá ser cuestionada por el interesado. Cabe destacar que resulta una facultad propia del Poder Legislativo determinar cuáles son los intereses que han de ser protegidos a través del orden jurídico penal, como así también, la manera y la intensidad con la que habrá de reaccionar frente a las ofensas a ese régimen. Sin embargo, la Corte Federal ha reconocido la facultad judicial de examinar la razonabilidad de las leyes dictadas por el Poder Legislativo a la luz de las normas de jerarquía constitucional que las fundan y limitan. En este punto, haré mención a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que: “...en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11°, de la Constitución Nacional [actual artículo 75, inc. 12], resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas...” (ver Fallos 11:405; 191:245 y 275:89, entre muchos otros)



En consecuencia, ha dicho también el Alto Tribunal que el legislador podrá: “...aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones...” (cfr. Fallos 257:127; 293:163; 300 :642 y 301:341, entre muchos otros).

En esa línea, la Corte Federal, sostuvo que los precedentes citados, “...son la derivación obligada [...] de una prudente hermenéutica constitucional de los puntos de vista material y formal del principio de legalidad. Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente.

Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada [...] Desde el punto de vista formal, la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades...” (C.S.J.N., Fallos 314 :424).

En esencia, resulta entonces de interés remarcar lo expuesto por el entonces Juez, Dr. Julio PANELO al emitir su voto, en el marco del Legajo de Ejecución Penal n° 810/C, formado en los autos n° 16.546/2017/9 (n° interno 2747) como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de esta ciudad (fallo dictado el





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

2/12/2019), en punto a que: "...no resulta irrazonable la distinción efectuada por el art. 14 del Código Penal, toda vez que la potestad de criminalizar conductas o determinar quiénes se encuentran en condiciones de acceder a determinados beneficios es una potestad del legislador, que ya inclusive se había materializado con la sanción de la ley 25.892 respecto de otro grupo de delitos y por ende tal función resulta ajena a la judicial, que debe circunscribir su actividad a analizar la constitucionalidad de las normas una vez que se encuentran vigentes..." (textual).

En tal intelección, menester es referir que la selección efectuada por el legislador en el artículo 14 del Código Penal (texto según ley 27.375), se relaciona con la clase de bienes jurídicos que se pretende proteger con esas figuras penales, lo cual obedece al legítimo ejercicio de las potestades discrecionales que por imperio de la Constitución Nacional –art. 75, inc. 12º-, posee el Poder Legislativo.

Por los motivos expresados, la categoría utilizada por el legislador para efectuar la distinción del art. 14 del C.P., no resulta irrazonable, por lo que el principio de igualdad no se ve afectado (art. 16 de la C.N.).

En función de las apreciaciones hasta aquí vertidas, debo señalar que no advierto violación alguna a los principios alegados por la defensa

De allí que, el planteo de inconstitucionalidad formulado, no encontrará recepción favorable.

Que, por todo ello, corresponde no hacer lugar el planteo de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo –inc. 11º- del C.P. (texto según ley 27.375), como así tampoco, a la excarcelación de Ezequiel Hernán Bergara (arts. 14, segundo párrafo –inc. 11º- del C.P., texto según ley 27.375, 317 inc.º5 del CPPN); sin costas (arts. 530 y 531 –in fine- del C.P.P.N.).

Así voto.

Por todo lo expuesto, de conformidad con las normas citadas y oído que ha sido el representante del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal



RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR al planteo de INAPLICABILIDAD

- del artículo 14, inciso 11° del Código Penal y 56 bis inc. 11° de la ley 24.660, según ley 27.375, realizado por la defensa de Bergara.

II.- NO HACER LUGAR – por mayoría- al planteo de INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 14, inciso 11° del Código Penal y 56 bis inc. 11° de la ley 24.660, según ley 27.375, realizado por la defensa de Ezequiel Hernán Bergara.

III.- NO HACER LUGAR A LA EXCARCELACIÓN -por mayoría- respecto de EZEQUIEL HERNÁN BERGARA, en la causa n° FLP 41475/2016/TO1 del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de La Plata (arts. 317 inc. 5° y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación y arts. 13, 14 inc. 11 del Código Penal, conforme ley 27.375)

IV.- Téngase presente la reserva de recurrir ante la Cámara Federal de Casación Penal y el caso federal.

Notifíquese mediante cédulas electrónicas. Firme que sea encuentre, comuníquese a quien corresponda.

Nelson Javier Jarazo
Juez de Cámara
(en disidencia)

Germán Andrés Castelli
Juez de Cámara

José Antonio Michilini
Juez de Cámara

Ante mi:

Natalia de Jesús Varela
Secretaria





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA
PLATA NRO. 2

Fecha de firma: 14/02/2025

Firmado por: GERMAN ANDRES CASTELLI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: NELSON JAVIER JARAZO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE ANTONIO MICHILINI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: NATALIA DE JESUS VARELA, SECRETARIA DE JUZGADO



#37735618#444055704#20250214163151303