



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

San Martín, 14 de octubre de 2024.

AUTOS Y VISTOS

Para resolver en el presente legajo **FSM 11329/2021/TO1/9/1** de la Secretaría de Ejecución de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín, sobre la solicitud efectuada por la defensora de confianza de **GABRIEL GERARDO FRESCA**.

RESULTA

I. Que, el pasado 7 de agosto, la Dra. Gisela Tamara Lococo, defensora de confianza del interno Gabriel Gerardo Fresca, presentó dos escritos en los que solicitó, mediante uno de ellos, se le concediera a su asistido el beneficio de la libertad condicional, mientras que en el segundo requirió la aplicación del artículo 140 de la ley N° 24.660, modificado por la ley N° 26.695.

A tal fin sostuvo que su asistido había obtenido logros educativos en el Centro de Capacitación Profesional N° 402 de Marcos Paz durante la privación de su libertad y que los mismos le permitirían obtener el adelantamiento previsto en la ley.

Con relación al pedido de libertad condicional, planteó la inconstitucionalidad del art. 14 inciso 10 del Código Penal, por resultar, según su criterio, contrario a lo dispuesto en los artículos 16, 18, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y por violentar los principios de igualdad ante la ley (art. 16 CN., 24 CADH y 15 del PIDCP, art. 8 de la Ley 24.660); proporcionalidad (art. 18 y 19 CN, art. 9 CADH y 15 PIDCP); humanidad



de las penas (art. 5.6 CADH, 9 de la Ley 24.660) y el fin resocializador de la pena (art. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP y art. 1,5,6 y 7 de la Ley 24.660).

Afirmó que su asistido "...se encuentra detenido desde el 18 de Septiembre del 2021, y correspondiendo aplicar el Art. 13 del C.P., es que al día de la fecha, aplicándose ARTICULO 140 DE LA LEY N° 24.660, MODIFICADA POR LA LEY 26.695 se encuentra en condiciones temporales de acceder a la libertad condicional, toda vez que el 18 de Septiembre del corriente año llevará cumplidos 36 meses de detención, razón por la cual se encontraría en término, para acceder a dicho beneficio...".

Remarcó que la imposibilidad de acceder al régimen de libertad condicional por disposición del art. 14 inc. 10 del Código Penal implicaba una alteración al principio de progresividad de la pena en cuanto no tenía en miras que, en pos de la reintegración social, el art. 12 de la ley 24.660 expresamente preveía la obligatoriedad de la progresividad del régimen penitenciario para todos los condenados, sin distinción y en base a un tratamiento individualizado, por lo que la distinción que hacia el art. 14 del CP y el art. 56 bis de la ley 24.660 cuestionado, resultaba arbitraria, sin justificación objetiva y razonable en vista de la finalidad perseguida para la ejecución de la pena. Agregó que no observaba el principio de racionalidad previsto en el art. 28 de la CN, por lo que solicitó se declarara la inconstitucionalidad del art. 14 inc. 10° del CP, a los efectos de que su defendido pudiera gozar de los beneficios de flexibilización y limitación de encierro que legalmente le correspondían.

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

Afirmó que su asistido poseía buena conducta y concepto dentro del establecimiento penitenciario, que había sido sometido a programas educativos y laborales y había aprendido a respetar las normas de conducta, aprovechando el tiempo de encierro, por lo que sostuvo que se encontraba en condiciones de reinserirse socialmente.

Remarcó que la reforma introducida por la Ley 27.375 al régimen legal de ejecución de la pena privativa de la libertad mantenía dicho objetivo de reinserción social del condenado, no obstante, el artículo 38 modificaba la disposición del artículo 14 del Código Penal y restringía el acceso a la libertad condicional a los condenados –entre otros– por los delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplazara.

Consideró que dicho precepto legal conspiraba contra el postulado del artículo 1° de la Ley 24.660 en tanto que, consagrada la finalidad de resocialización de la pena, impedía otorgar la libertad condicional a condenados por los delitos de narcotráfico mencionados, entre los que se hallaba el delito de transporte de estupefacientes (en los términos del art. 5°, inc. "c" de la Ley 23737), por el que había sido condenado Gerardo Gabriel Fresca.

Afirmó que ello se presentaba como una franca violación a los principios generales que rigen la ejecución penal, en tanto –en lo concreto– contravenía los principios reconocidos en la citada ley: reinserción social (art. 1), humanidad (art. 9), la naturaleza del sistema de progresividad de la pena (arts. 5 a 7), e igual-

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644

dad ante la ley (art. 8), principios que tenían base en normas constitucionales (arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22 – tratados internacionales con jerarquía constitucional–)

Entendió que la gravedad que representaban los delitos tipificados en la Ley 23.737 no podía configurar, por sí sola, un criterio válido para definir el régimen de ejecución de la pena aplicable, menos si ello importaba un apartamiento a principios constitucionales.

Afirmó que, desde esa perspectiva, tampoco los compromisos internacionales asumidos por el país con motivo de acuerdos suscriptos en materia de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes habilitaban la violación o supresión de derechos o garantías consagrados en la Constitución Nacional.

Remarcó que, en el caso, se trataba de la cancelación discrecional, para una cierta categoría de delitos, de la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios claves para alcanzar la finalidad de resocialización asignada a la pena y que esa discriminación de delitos contenida en la norma no superaba ningún test de razonabilidad, en tanto vulneraba garantías reconocidas por nuestra ley y tornaba inoperante la progresividad de la pena.

Manifestó que la prohibición legal de acceso de Gerardo Gabriel Fresca al régimen de libertad condicional vulneraba el fin resocializador de la pena, así como los principios de igualdad ante la ley, proporcionalidad y humanidad de las penas, que –en rigor– comprendía no solo la finalidad de evitar tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte del Estado a los internos en con-





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

texto de encierro, sino también su derecho a un trato igualitario en el cumplimiento de la pena.

Concluyó afirmando que la norma en discusión desatendía el fin resocializador de la pena y por los motivos dados, resultaba contraria a las garantías y derechos consagrados en la normativa internacional y alteraba principios fundamentales sobre los que se estructuraba el Estado Constitucional de Derecho, como la razonabilidad y supremacía constitucional, legalidad ejecutiva, resocialización del condenado, igualdad, culpabilidad y derecho penal de acto, humanidad de las penas y progresividad del régimen penitenciario.

Con relación al beneficio de la libertad condicional, sostuvo que su asistido cumpliría con el requisito temporal para obtener la libertad condicional a partir del día 18 de septiembre de 2024, ello sin contabilizar la reducción del estímulo educativo del art. 140 de la Ley 24.600.

A su vez remarcó que en relación a la exigencia de "observancia regular de los reglamentos carcelarios" se desprendía de las constancias de autos que desde su detención, no había registrado dificultades de convivencia con personal penitenciario, cumplía con horarios, hábitos de higiene y cuidado de las instalaciones, no registraba sanciones disciplinarias y, en relación al área educativa, el nombrado concluyó diferentes cursos por lo que consideró que, valorado todo ello y atendiendo a la indudable intención de rehabilitación de la actual legislación atinente a la ejecución de las penas privativas de



libertad, era viable el beneficio aludido a favor de su asistido.

A fin de sustentar la posición desarrollada citó la jurisprudencia que consideró aplicable al caso.

III. En virtud de dicho pedido se solicitó a la unidad de alojamiento que remitiera los informes de libertad condicional y estímulo educativo del encausado.

Los mismos fueron recepcionados el pasado 04 de septiembre y, de las conclusiones generales plasmadas en el Acta N° 240/2024, confeccionada por el Consejo Correccional del CPF II de Marcos Paz surge lo siguiente: *"...En virtud del análisis de los antecedentes criminológicos y a tenor de lo evaluado por las áreas esenciales de tratamiento, este Consejo Correccional procedió a evaluar la incorporación al **RÉGIMEN DE LIBERTAD CONDICIONAL** al interno **FRESCA GABRIEL GERARDO** (L.P.U: 431.197/C) , concluyendo por **UNANIMIDAD** de manera **NEGATIVA**, esto en virtud de que si bien nos encontramos con un interno primario cuyo tránsito intramuros refleja una progresividad avanzada, respondiendo de manera fehaciente los objetivos fijados por las áreas de tratamiento, transitando la **FASE DE CONFIANZA** de la Progresividad del Régimen Penitenciario siendo merecedor de parte del Consejo Correccional de una **CONDUCTA EJEMPLAR DIEZ (10), CONCEPTO BUENO SEIS (06)**, el cual de acuerdo al artículo 101 de la Ley 24660 este concepto será "un elemento de ponderación de la evolución personal del interno de la que será deducible su mayor o menor posibilidad de una adecuada reinserción social", todo lo cual en congruencia con el guarismo que detenta en la actualidad el causante posee un **PRONÓSTICO DE REINSECCIÓN SOCIAL FAVORABLE**, a los fi-*





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

nes de usufructuar el beneficio dispuesto por el Art 13 del CP, **SE ENCONTRARÍA IMPEDIDO** por el Art 14 Punto 10 del CP para acceder al mismo (Ley 24660 modificada por la Ley 27375)".

A su vez, se desprende del informe elaborado por la División Educación lo siguiente: "...El interno ingreso a este Complejo el día 10/06/2022, proveniente del Centro de Detención Judicial (U28), siendo alojado en la Unidad Residencial Ingreso. Se lo inscribió para cursar el segundo ciclo del Nivel Primario, Formación Integral, dictado por la Escuela de Educación Primaria para Adultos N° 704. El día 22 de junio del mismo año, fue trasladado a ésta Unidad Residencial V. En el momento de su ingreso, fue entrevistado e inscripto para continuar con el nivel primario. El cual aprobó culminando de esta manera el mencionado nivel. Se adjunta copia de Constancia. En el año 2023, curso y aprobó el 1er año del Nivel Secundario (CENS N° 451), a su vez aprobó el Curso de Formación Profesional "**OPERADOR DE HERRAMIENTAS DE MARKETING Y VENTA DIGITAL**", dictado de por C.F.P N°402, el cual tiene una duración de 96 hs reloj o su equivalente a 144 hs cátedra, comenzando el 7/08/2023 y finalizó 02/10/2024, se adjunta copia de Certificado. En el actual ciclo lectivo 2024 se encuentra en 2do año del Nivel Secundario, destacando que asiste de manera regular a las clases. Participa de las actividades deportivas y recreativas que brinda esta División..."

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644

Asimismo, fue requerida la constatación del domicilio propuesto para el eventual otorgamiento de la libertad condicional de quien nos ocupa a la Comisaría Vecinal 11 B de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires cuyo resultado fue remitido el pasado 19 de septiembre.

Por último, y según lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia, el nombrado no poseía ningún nuevo proceso en donde interese su detención, ni pendiente de resolución.

IV. Conferida la vista correspondiente al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Marquevich, con relación a la declaración de inconstitucionalidad pretendida por la defensa, señaló que, al ser el recurso más extremo que prevé el sistema legal vigente, debía ser administrado de manera excepcional y frente a casos que no admitiesen la más mínima duda de una clara vulneración a las garantías constitucionales, por lo que consideró que, en el presente caso, la afectación alegada no ocurría.

Con relación al principio de igualdad ante la ley hizo mención a que *"...no se analiza en relación con cualquier sujeto sometido a proceso, como lo pretende la defensa, sino a aquéllos condenados por determinado delito -en el caso concreto, los previstos en el artículo 14 del C.P. y 56 bis de la ley 24.660- y será entre este conjunto o universo de sujetos, entre quienes deberá analizarse la igualdad en el tratamiento durante el proceso o la ejecución de pena (de acuerdo con lo sostenido por la CSJN en Fallos 16:118, 301:381, 1094, 304:390, citados por ese Tribunal en causa FSM*





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

108261/2017/TO1/23/5 "Centurión Sergia Beatriz", número interno 3621)".

Afirmó que nos encontrábamos frente una ley legítimamente sancionada por el Congreso, de acuerdo a los preceptos constitucionales, respecto de la cual su constitucionalidad se presumía y que la misma venía a reflejar el tratamiento de política criminal que el Estado argentino estimaba más adecuado respecto de la franja de los delitos más graves del ordenamiento penal vigente, respondiendo incluso a compromisos internacionalmente asumidos a través de la firma de tratados, como por ejemplo, en la lucha contra el narcotráfico, como era el caso que nos ocupa.

Subrayó que no compartía la postura de que se hubiese eliminado la progresividad del sistema, en virtud de que más allá de que el esquema actual resultaba más riguroso que el anterior, las etapas de la progresividad penitenciaria se mantuvieron y sólo se ha postergado al último año de cumplimiento de la pena el acceso a institutos liberatorios.

Sostuvo que, durante el cumplimiento de la pena, la sujeción del condenado al régimen penitenciario no se veía modificado, tampoco el tratamiento resocializador, sino que sólo se modificó su acceso a diversos incentivos, circunstancia que mal podía constituirse en una vulneración a un derecho de raigambre constitucional.

Recordó que la norma atacada no cercenó derecho alguno, dado que los derechos son acordados por las leyes vigentes y al momento de la comisión del delito del



presente caso las normas no preveían el acceso a la libertad condicional.

Concluyó resaltando que, al momento de la comisión del hecho por el que fue condenado Gabriel Gerardo Fresca, ya se encontraba en vigencia el sistema de excepciones a las modalidades básicas de ejecución, establecidas por la ley 27.375, por lo que, sentada su constitucionalidad, no había dudas de que el acceso a la libertad condicional se encontraba legalmente vedado para el solicitante.

Finalizó manifestando que tanto el planteo de inconstitucionalidad como el de libertad condicional debían ser rechazados.

Por último, respecto de la aplicación del estímulo educativo, para su eventual aplicación en el futuro, afirmó que, en virtud de los logros educativos del encartado, correspondía reducir dos meses en la progresividad del régimen penitenciario.

V. Finalmente, se le dio la oportunidad a la defensa técnica de poder controvertir dicho dictamen, momento en el que reiteró la postura sostenida originalmente con relación al pedido de libertad condicional de su defendido, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal.

Específicamente, reforzó los argumentos expuestos con anterioridad en lo referente a los principios de igualdad, legalidad y resocialización de la pena.

Y CONSIDERANDO

I. Que el 11 de julio de 2023 la doctora María Claudia Morgese Martín resolvió, en forma unipersonal,





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

"...I. **CONDENAR a GERARDO GABRIEL FRESCA** a la pena de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES** de prisión y multa de 47 unidades fijas, accesorias legales y costas del proceso, por considerarlo coautor del delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización (artículos 5, 12, 21, 29 inc. 3°, 40, 41, 45 del Código Penal y artículos 5to inciso "c" de la ley 23.737; 431 bis, 530 y 531 del C.P.P.N)...".

Conforme el cómputo de pena agregado al presente legajo de ejecución, la pena vencerá el 17 de marzo de 2026 y caducará a todos los efectos registrales el 17 de marzo de 2036.

En virtud de ello, el requisito temporal para acceder al pedido incoado se encuentra cumplido desde el 18 de septiembre pasado, con lo cual deviene innecesario el tratamiento de la solicitud de aplicación de estímulo educativo requerida por la defensa de Gerardo Gabriel Fresca.

II. Que en cuanto a los demás formulados por la defensa de **GABRIEL GERARDO FRESCA** y al igual que lo sostenido por el Fiscal General, considero que no corresponde hacer lugar a los mismos.

En primer término, debemos tener en cuenta que a mediados del año 2017 -con anterioridad al hecho fijado en la sentencia- entró en vigor la ley 27.375, que modificó tanto el art. 14 del Código Penal como la ley 24.660.

Así, el citado artículo del código de fondo quedó redactado, en lo que aquí interesa, de la siguiente manera: "(...) *La libertad condicional no se concederá a*



los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: (...) 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace (...)".

En ese sentido, el artículo 56 bis de la referida ley expresa lo siguiente: "No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. **10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.** 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.

La cuestionada ley importó una reforma integral y sustancial del sistema de ejecución de las penas respecto de todos los delitos ya que modificó los tiempos para acceder a las diferentes fases y períodos del régimen de progresividad, acortó la duración de la libertad asistida e impuso mayores requisitos a los informes que deben elaborarse para la obtención de beneficios. Esas modificaciones resultan aplicables a todos los condenados por cualquier delito cometido después de su entrada en vigencia.

Pero además se indicaron cierto delitos sobre los cuales pesa un sistema más gravoso de ejecución de las penas (se eliminó la posibilidad de obtener las salidas transitorias, semi libertad, semi detención, prisión discontinua, libertad condicional y libertad asistida) son los siguientes: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal; 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal; 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal; 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal; 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal; 6) Secuestro

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644

extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal; 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal; 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace; 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Lo que cuestiona la defensa es la validez constitucional de esa decisión legislativa, por considerar que viola el principio de igualdad ante la ley, el principio resocializador de la pena, razonabilidad de los actos de Gobierno y el tratamiento progresivo al que debe someterse al condenado.

Para poder encarar el análisis que propone la defensa debo recordar que los jueces somos llamados a interpretar y aplicar las leyes ya que el principio constitucional de la separación de poderes no consiente que los magistrados prescindamos de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (cfr. Fallos: 333:866 y 338:488 y CCC 70150/2006/T01/1/2/RH1 Álvarez, Guillermo Antonio y otros/ robo con Armas, rta. el 22/8/19).

Por el contrario, el juez debe proceder con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infra-





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

constitucional impugnada con el derecho federal invocado (Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

De no actuar de esa manera desequilibraría el sistema institucional de los tres poderes, que está fundado en que cada uno de ellos actúe 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 (cfr. Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424, entre otros).

En esa línea ha dicho la Corte que el Poder Judicial no tiene atribuciones para expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno (cfr. Voto del juez Rosatti "in re" "Fernández de Kirchner Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza, CSJ 000353/2020/CS00124/04/2020, rta. el 24/4/20, y Fallos: 342:1, entre tantos otros), sino que ese análisis debe ser ceñido al caso concreto ya que "*la impugnación de las leyes con base constitucional no puede contemplarse en abstracto*" (doctrina de Fallos: 106:109; 182:398; 187:79; 256:602; 259:69; 304:1088; 311:2088; 317:335, 1224, entre otros).

Estas pautas nos direccionan a sopesar, al momento de analizar la constitucionalidad de una ley, las circunstancias concretas que causan agravio a la parte, junto con la supuesta irrazonabilidad o inequidad de la norma que aquella esgrime en su desarrollo argumental, para finalmente determinar si se configura y justifica el



pronunciamiento pretendido, de lo contrario la inconstitucionalidad propuesta deberá ser rechazada.

Sobre esa base, considero que debo limitar el análisis de la constitucionalidad de la norma reclamado por la defensa, únicamente en el estricto marco de aplicación a las circunstancias que hacen al proceso seguido a **GABRIEL GERARDO FRESCA** y no a la aplicación de su texto a otras hipotéticas circunstancias, ya que el Poder Judicial no ha sido investido por la Constitución con la facultad de analizar la constitucionalidad de normas o formular interpretaciones de ellas en abstracto, ni de emitir pronunciamientos meramente teóricos o consultivos.

En ese sentido se ha destacado incansablemente que los tribunales de las diversas instancias, al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a otros poderes y a las autonomías provinciales (Fallos: 342:697).

Y esto es así porque el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos que pertenezcan a la revisión de la constitucionalidad de las leyes y por ende a la potestad del Poder Judicial (Fallos: 341:1869; 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

las políticas son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige (cfr. CFCP, Sala III, Causa N° FCR 6416/2017/TO1/CFC3, "Mayor, Víctor Rubén y otros s/recurso de casación", reg. 935/19, rta. el 19/6/19).

Es por eso que entiendo desacertado cuando se alega genéricamente la supuesta violación al principio de igualdad (art. 16 C.N.) pues no basta con comparar las figuras que fueron seleccionadas por el legislador en pos de demostrar su irrazonabilidad por impedir a determinadas personas su derecho a la libertad ambulatoria durante la tramitación del proceso o la ejecución de la pena, como consecuencia de ciertas conductas delictivas imputadas.

Esas comparaciones abstractas que son propias de la investigación en el claustro académico, no son las que, a mi entender competen al juez al analizar la validez constitucional en el marco de un "caso" judicial. El juez tiene que analizar si la norma que dictó el legislador en su carácter de representante del pueblo y las provincias, en el caso concreto viola alguna garantía constitucional o convencional de ese imputado también concreto. No constituye causa o caso contencioso que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (art. 116 de la Constitución Nacional) si la declaración de ilegitimidad que se pretende no se limita a actos relacionados con un conflicto o controversia concreto, sino con una proyección erga omnes, con carácter de norma general derogatoria de la disposición cuestionada. Por el contrario, el sistema de control federal impide que se

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644

dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor a las normas impugnadas, o que se refieran a agravios meramente conjeturales o hipotéticos.

En esa tarea debo señalar que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley frente a 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 uno 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 aquellas no sean arbitrarias, es decir que, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390)" (cons. 13).

Ahora bien, las restricciones que la ley 27.375 impone al delito por el que fue condenado el imputado de autos, no importan una violación a la igualdad puesto que alcanza a todos los casos en que recaiga condena por las figuras de los art. 5°, 6° y 7 ° de la Ley 23.737. La modificación, en cuanto implique abarcar a todos aquellos actos vinculados al narcotráfico, no me parece irrazonable.

Basta confrontar las ruinosas consecuencias que la penetración del narcotráfico ha causado en nuestra sociedad, para advertir que la decisión adoptada por el Congreso no es desproporcionada con el daño que esta actividad ilícita causa a diario a la seguridad, a la





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

salud pública en especial de las poblaciones más vulnerables, entre las que se destacan los niños, niñas y adolescentes cuya tutela es prioridad del Estado.

Además, debo destacar que en la reforma se incluyeron todas aquellas figuras penales de igual o mayor gravedad, estructuradas taxativamente sobre la base de un criterio ordenador, como ser: bien jurídico protegido por la norma, la pena prevista y su resultado lesivo.

Esta categorización no es caprichosa, sino que coadyuva a integrar y armonizar la legislación local con las obligaciones internacionales direccionadas a reprimir y sancionar las conductas previstas por la Ley n° 23.737. Basta recordar, los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobada en Viena en 1988 (ley 24.072, promulgada por decreto 608 del 09/04/92), cuyo propósito fue el de dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión de conductas vinculadas al comercio y tráfico de sustancias prohibidas, tomando en consideración la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos (art. 3.6.).

En lo que atañe a los institutos liberatorios en esta clase de delitos, eje central que motiva el planteo de la defensa, la Convención citada instó a los Estados a velar *"... porque sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos (...) al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a*

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644

personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos” (art. 3.7.).

De acuerdo con estos lineamientos la restricción al acceso a la libertad condicional en este caso se encuentra subordinada a causas objetivas o razones sustanciales que respaldan su validez constitucional, toda vez que la norma veda la incorporación a dicho instituto a toda persona condenada por un delito inserto en el flagelo del narcotráfico, sin distinción que importe una discriminación antojadiza y arbitraria.

En síntesis, en modo alguno advierto que la limitación en este caso, del acceso a la libertad condicional, importe una ilegítima discriminación que justifique la invalidez de la norma, puesto que el justiciable incurrió en una de las conductas delictivas seleccionadas por el legislador de la ley 23.737, cuestión no menor para resultar merecedor de un trato más riguroso y estricto como los que promueve la actual redacción.

Así las cosas, puedo afirmar que todos los condenados por el delito impuesto a Fresca, que lo hubieran cometido a partir de la fecha de sanción de la nueva ley no tendrían acceso a la libertad condicional. De tal manera, no advierto que la aplicación de la norma importe un trato discriminatorio a su respecto.

Si se confrontan los antecedentes parlamentarios de la ley se advertirá que la voluntad de las mayorías parlamentarias buscó enfatizar los otros fines de la pena por fuera del de la prevención especial positiva, en miras a una mayor protección de las víctimas





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

y la sociedad en general, que fueron numerosamente invocados en esos antecedentes.

Cabe reiterar hasta el hartazgo que no es el juez el llamado a efectuar valoraciones acerca de esas decisiones políticas; y si bien nadie desconoce que nuestro edificio normativo establece que la finalidad esencial de la pena es la resocialización del condenado, también se encuentran presentes otros fines que no están opuestos a la normativa constitucional y convencional vigente. En ese sentido los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22 de la C.N.) en su art. 10. 3 establece que *"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados"*.

En similar sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 5.6 reza: *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*.

Es que, los límites del derecho constitucional en cuanto a la legislación en la materia se circunscriben a la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 312:826) y a que el condenado no sea sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y 329:3680). Por fuera de esas limitaciones inexpugnables, la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada



tipo de delito y su forma de ejecución, es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso.

Ha consignado la Corte en tal sentido que *"resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente"* y que *"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"* (Fallos: 314:424 *"Pupelis, María Cristina y otros s/robo con armas -causa n° 6491-"*).

Además se ha dicho que *"...en principio y por extensa que sea la duración de una condena, ello por sí solo no resulta incompatible con el fin socializador que informa el art. 6.5 de la C.A.D.H."* y que *"...la aludida resocialización no es el único fin de la pena, ni debe ser considerada como una finalidad absoluta; el art. 5.6 de la C.A.D.H. habla de finalidad "esencial" que debe ser integrada con los fines de prevención general - dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad- y especial (CFCP, Sala I, causa 15.156, "Álvarez Albarracín, Fabricio A. s/ recurso de casación". Reg. Nro. 23.631, rta. el 26/5/14 y sus citas).*

En dicho precedente casatorio se estableció que *"...el análisis de la pena impuesta no debe circunscribirse únicamente a su fin resocializador sino que también habrá de analizarse si resulta proporcional*





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

frente al hecho y a la culpabilidad demostrada por el autor. Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito... no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales" (cfr. C. "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa n° 1573" n Fallos: 329:3680). Desde esa óptica, el principio de proporcionalidad vincula al delito con la pena de lo que se deriva que el quantum de pena ha de encontrar un límite en la culpabilidad del autor. Tales presupuestos, como es sabido, remiten al criterio retributivo de la pena.

Ello de tal manera fue receptado en la ley 24.660 en su actual redacción. El art. 1 dispone que "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".

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644

Así las cosas, debe descartarse también la cuestión relativa a que la reforma cuestionada viola las normas constitucionales en relación a los fines de las penas privativas de la libertad ya que, como se viene diciendo, es facultad del legislador tener en cuenta otros fines diferentes al resocializador, siempre que éste no quede relegado. Esto no ocurrió en la ley analizada, como se verá en el punto siguiente.

Descarto también que la norma no cumpla con el tratamiento programado, individualizado y voluntario que prescribe el PIDCP para lograr el fin resocializador y que viola la progresividad en la ejecución que contempla la ley 24.660.

En su actual redacción, la ley 24.660 (según Ley 27.375), si bien como ya se vio antes resta la posibilidad de acceder a ciertos institutos liberatorios a un *numerus clausus* de delitos, no los deja, sin embargo, fuera del sistema progresivo de egreso al medio libre. Por el contrario, esta reforma establece un nuevo estadio para aquellos condenados por los delitos excluidos en el art. 56 bis, tendiente a garantizar la progresividad a través de un Régimen Preparatorio para la Liberación, cuyo fin propende a un mayor contacto con el mundo exterior. Este egreso anticipado se encuentra guiado por un régimen penitenciario basado en la progresividad (art. 6) y se erige como parte del tratamiento programado, individualizado y obligatorio, de carácter voluntario, que deberá atender a las condiciones personas del condenado, sus intereses y necesidades (art. 5).





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

Así, el artículo 56 quater fija 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 carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas..." (art. 56 quater, de la ley 24.660 según mod. Ley 27.375).

De tal manera, no se ajusta al texto legislativo decir, como hace la Defensa, que se desoye el principio de progresividad. Por el contrario, la ley, como medio para alcanzar el fin constitucional esencial de la ejecución de la pena privativa de la libertad



ofrece, al condenado un programa de tratamiento individualizado que da lugar a que el propio esfuerzo, sus condiciones personales y sus necesidades sean el factor primordial en el avance a través de las etapas, hasta arribar al último tramo final, que lo transitaría con acceso a salidas progresivas al medio libre, bajo el Régimen Preparatorio de Liberación (art. 56 quater).

He de agregar que este último tramo previsto para la progresividad, guarda como ya dije anteriormente correlato con el estándar fijado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que admite que tanto el programa sea organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional (regla 60.2) -el resaltado me pertenece-. Es decir, en ningún momento se impone al legislador cual es el instituto que debe otorgar, ni que tenga que ser sí o sí un egreso, siempre y cuando se prevea la preparación del interno para afrontar su egreso definitivo.

De tal manera, no surge que la posibilidad de acceder a la libertad condicional se presente en esas reglas como una obligación estatal, ya que la determinación de la forma en que se ejecutan las penas privativas de la libertad queda reservada a los Congresos Nacionales.

Entonces bien, más allá de las objeciones esgrimidas por la parte, el recorte en los institutos liberatorios (cfr. art. 56, según ley 24.660 según mod. Ley 27.375) para aquellos condenados por los delitos enumerados en la ley, de ninguna manera atenta contra la posibilidad de alcanzar, a través del programa progresivo





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 4
FSM 7225/2021/TO1/5

que comprenda las condiciones particulares del penado, el acceso al medio libre.

En definitiva, el objeto central del planteo se ciñe principalmente a plasmar la disconformidad de la Defensa por las reformas introducidas a la ley 24.660 con relación a su anterior esquema, sin demostrar, como vimos, de qué modo la restricción introducida al Régimen de Ejecución Penal resulta contraria a las garantías constitucionales que para el caso invoca.

Concluyo, entonces, que no luce irrazonable la limitación del legislador para este caso.

Por los motivos esgrimidos, no se hará lugar al planteo de inconstitucionalidad y se rechazará el pedido incoado, con costas.

En virtud de lo expuesto, oídas que fueran las partes y en mi carácter de jueza de ejecución,

RESUELVO:

I) NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD intentado por la defensora de confianza en favor de su asistido **GERARDO GABRIEL FRESCA**.

II) RECHAZAR la libertad condicional peticionada a favor de **GERARDO GABRIEL FRESCA** (arts. 14 del C.P., 56 bis de la ley 24.660), con costas.

Regístrese, publíquese, notifíquese y ofíciense.

Ante mí



En igual fecha se cumple. Conste.

Fecha de firma: 14/10/2024

Firmado por: NADA FLORES VEGA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JIMENA SOLEDAD MAZZA, SECRETARIO DE JUZGADO



#38229022#431064144#20241014145855644