

Ley 25 871 Extranamiento Delito De Contrabando Comercializacion De Estupefacientes Salidas Transitorias Expulsion Anticipada Fin De La Pena

JURISPRUDENCIA

Ley 25.871. Extrañamiento. Delito de contrabando. Comercialización

de estupefacientes. Salidas transitorias. Expulsión anticipada. Fin de la pena Se reafirma la constitucionalidad del artículo 64 -inciso a- de la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina, en cuanto regula el plazo legal para acceder al extrañamiento por parte del condenado por el delito de contrabando de estupefacientes para fines de comercialización, al aclararse que la resocialización es solo uno de los fines de la pena y que las cuestiones de prevención general y retributivas que integran también la teología punitiva forman parte de los criterios de oportunidad y conveniencia del legislador, en lo cual los jueces no pueden entrometerse.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 10/15 vta. en la presente causa CPE 1606/2016/TO1/5/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada "M., M. G. s/ recurso de casación", de la que RESULTA: I. El Juez del Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2 actuando como juez de ejecución, con fecha 29 de diciembre de 2017, resolvió: ?NO HACER LUGAR al planteo de inconstitucionalidad del art. 64 inc. a) de la ley 25.871 formulado por la defensa? (fs. 8/9). II. Contra esa decisión, el Defensor Público Oficial Coadyuvante asistiendo técnicamente a M. G. M., interpuso recurso ?en los términos del art. 456 y 474 del Código Procesal Penal de la Nación? a fs. 10/15 vta.. El recurso de casación fue concedido por el a quo a fs. 17 y vta. III. La parte impugnante invocó los dos motivos previstos en el art. 456 del C.P.P.N. Luego de argumentar respecto de la impugnabilidad objetiva y subjetiva de la sentencia cuestionada, se explayó respecto del pedido de inconstitucionalidad el art. 64 inc. a) de la ley 25.871. En primer término, remarcó que el interés en tal declaración residía en la necesidad de que su pupilo acceda a la expulsión anticipada ya que la interpretación contraria resultaba, a su criterio, incompatible con la finalidad de reinserción social adoptada por la Constitución Nacional y los tratados internacionales para las penas privativas de la libertad. Explicó que el momento fijado para que el condenado sea expulsado a su país de origen -la mitad de la pena- es el momento en que la pena comienza a tener efectos resocializadores ya que es cuando el condenado puede tener su primera aproximación con el medio libre. Sostuvo que en el caso de los extranjeros que manifiestan su voluntad de expulsión, la única finalidad de la detención es la de asegurar su salida del país y ello resulta inadmisibles porque le otorga a la detención una naturaleza preventiva que difiere del fin resocializador previsto en la Constitución Nacional. Destacó que la política migratoria plasmada en el Decreto Nro. 70/17 persigue la finalidad de expulsar con la mayor celeridad posible a aquellos extranjeros que se encuentren en conflicto con la ley penal (prescindiendo incluso de la condena firme), dejando al descubierto la inconveniencia de la pauta temporal establecida en el artículo 64 de la ley 25.871. En otro orden, criticó a la sentencia recurrida por falta de fundamentación suficiente por considerar que la remisión al dictamen del Ministerio Público Fiscal no bastaba para tener por cumplidos los requisitos del art. 123 del CPPN. Finalmente, citó doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura e hizo reserva del caso federal. IV. En la oportunidad prevista por el art. 465 bis en función de los arts. 454 y 455 ibídem del C.P.P.N., se presentó el Defensor Público Oficial ante esta instancia, doctor Juan Carlos Sambuceti (h) manteniendo los agravios planteados en el recurso de casación (fs. 21/22 vta.). Superada dicha etapa procesal de lo que se dejó debida constancia a fs. 24, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. Previo a ingresar en el tratamiento de los agravios invocados por la parte recurrente, resulta necesario recordar los antecedentes relevantes del presente caso. Con fecha 28 de abril de 2017, M. G. M. fue condenado por el Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2 -actuando en forma unipersonal-, en lo que aquí interesa, a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión como autor del delito de contrabando, en grado de tentativa, agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a la comercialización (arts. 864 inc. d); 866 segundo párrafo; 871 y 872 del CA) en el marco del juicio celebrado en los términos del art. 431 bis del CPPN (cfr. Lex 100). Practicado el cómputo de pena, se arribó a la conclusión de que ?...el requisito temporal para que el imputado pueda acceder a los beneficios de: Salidas transitorias y Semilibertad (mitad de la condena arts. 17 y 23 de la ley 24.660 y 61/69 de la ley 25.871) operará el día 23 de febrero del año 2019?. Dicho cómputo se tuvo por aprobado el día 3 de julio de 2017 (cfr. Lex 100). Según se desprende de la sentencia cuestionada ?... el condenado, haciendo uso del beneficio dispuesto por la ley solicitó la expulsión a su país, habiéndose dado curso a tal petición, conforme la normativa imperante...? (fs. 9). Con posterioridad a ello, la defensa petitionó la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 64 inc. a) de la ley 25.871 a fin de

obtener el extrañamiento en forma anticipada, planteo que fue rechazado por el a quo y que motivó el recurso de casación en estudio.

II. Con relación a la inconstitucionalidad del art. 64 inc. a) de la ley 25.871 planteada por la defensa, adelanto que la misma no puede prosperar. En concreto, la norma cuestionada por la recurrente establece que "Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente...?". En efecto, ya he tenido la oportunidad de pronunciarme respecto de la constitucionalidad del art. 64 inc. a) de la ley 25.871 en la causa nro. 1400/13 caratulada "Rotela Jorge o Rotella Jorge s/ recurso de casación" de esta Sala IV, reg. 2135/13.4 de fecha 4/11/13; causa nro. 1596/2013 "Giménez Ferreyra, Marcelo s/recurso de casación" de la Sala III, reg. 61/14 de fecha 10/02/14 y causa CCC 7918/2002/TO1/1/CFC1 "Beguerie Flores, Rafael Fabián s/recurso de casación" de la Sala I, reg. 625/16.1 de fecha 25/04/16, todos ellas de esta Cámara Federal de Casación Penal -resoluciones que se encuentran firmes-, a cuyas consideraciones me remito en lo pertinente y aplicable. La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como la ultima ratio del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando la lesión a la cláusula constitucional es manifiesta e incompatiblemente inconciliable, sin que exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, sino a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos 311:394; 312:122, 435, 1437, 1681, 2315; 314:407; 315:923; 316:779, 2624; 319:3148; 321:441; 322:842; entre muchos otros). Asimismo, el control de constitucionalidad no implica el examen de la conveniencia y acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos: 253:362; 257:127 y 306:1631). Los argumentos esgrimidos por la defensa para sostener la inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la ley 25.871, no logran demostrar que la decisión política del órgano legislativo plasmada en la norma, sea violatoria de algún derecho o principio fundamental positivizado y garantizado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, enunciados en su art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Por el contrario, la norma que la parte pretende que sea declarada inconstitucional resuelve, en base a criterios de política criminal y migratoria propios de la esfera de reserva del ámbito legislativo, un supuesto concreto y determinado (arts. 75 inc. 12, 22 y 32 de la C.N.). En ese sentido, el Poder Ejecutivo -Dirección Nacional de Migraciones-aplicará la norma en examen cuando se le presenta el caso que el legislador contempló al sancionarla. Es el Poder Legislativo Nacional el que, en uso de la facultad que le confiere el art. 75 inc. 12 de la C.N., ha fijado una causa de extinción de la pena privativa de libertad que se da por cumplida cuando la expulsión se ejecuta (art. 64 inc. a) de la ley 25.871). Tampoco se advierte que el instituto que cuestiona la recurrente se oponga a los fines de la pena, cuestión medular de la materia aplicada que consiste en la resocialización de los condenados (art. 1 de la ley 24.660, art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para rechazar el planteo de inconstitucionalidad, el Tribunal dio por reproducidos los fundamentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal quien se expidió en sentido adverso al peticionado por la defensa (fs. 5/7). Para así dictaminar, el Ministerio Público Fiscal comenzó analizando el espíritu de la Ley de Migraciones y la política migratoria vigente. Se explayó además respecto de la voluntad del legislador de contemplar en forma distinta la situación irregular del cumplimiento de penas privativas de la libertad, destacando que se trata de decisiones propias del Poder Legislativo respecto de las cuales no puede tener injerencia el Poder Judicial, a menos que aquella distinción afecte un derecho de raigambre constitucional, situación que no se verifica en el caso concreto. En otro orden, la representación fiscal señaló que además del fin resocializador de la pena, estaban en juego "cuestiones de prevención general y retributivas que también integran la teleología punitiva" y que la declaración de inconstitucionalidad del art. 64 inc. a) de la ley 25.871 "lesionaría gravemente el legítimo interés punitivo del Estado que tuvo en miras al momento de sancionar a M.". En definitiva, la defensa no ha logrado demostrar, ni tampoco se advierte, que en el caso concurra alguno de los presupuestos mencionados para la declaración de inconstitucionalidad que pretende, sino que se ha limitado a reiterar sus propias convicciones sobre el punto sin lograr conmover los argumentos dados por el Tribunal para ratificar la validez de la norma. Por ello, el agravio relativo a la inconstitucionalidad del plazo legal para acceder al extrañamiento, no puede prosperar. III. A su vez, la defensa sostiene la arbitrariedad de la resolución por falta de fundamentación. Dicha parte critica que el Tribunal se remita al dictamen del Ministerio Público Fiscal para motivar su decisión. Sin embargo, esa alegación no es suficiente para fundar la nulidad que pretende ya que la recurrente no cuestiona la fundamentación del dictamen del Ministerio Público Fiscal en el que la decisión se sustenta. La reseña efectuada en el punto anterior demuestra que el dictamen del Ministerio Público Fiscal, cuyos fundamentos dio por reproducidos el Tribunal en el punto V del decisorio impugnado, se encuentra debidamente motivado. Por lo demás, el Tribunal también utilizó fundamentos propios -que lucen en el punto III y IV de la resolución mencionada- que no fueron alcanzados por las críticas de la defensa. Finalmente, cabe señalar que la parte alega que el tribunal ha ignorado "los informes sociales

acompañados a la presentación que diera origen a esta resolución?. Sin embargo, del estudio del presente incidente no surge referencia alguna a los documentos que cita en esta instancia casatoria, ni cuál es la ?situación especial con relación a una niña de un año de edad? (fs. 15 vta.) dejando huérfana de contenido a la afirmación realizada. En tales circunstancias, la resolución impugnada luce suficientemente fundada sin que la defensa haya logrado demostrar ante esta instancia la arbitrariedad ni la errónea aplicación de la ley sustantiva que invoca en sustento de su impugnación. IV. Por todo ello, propongo al acuerdo: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial a fs. 10/15 vta., asistiendo a M. G. M. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del CPPN). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. El recurso de casación resulta formalmente procedente en virtud de lo dispuesto por el art. 491, segundo párrafo, del C.P.P.N., y del control judicial amplio y eficiente de la ejecución de la pena que he venido propugnando (cfr.: de esta Sala IV, causa Nro. 699, "MIANI, Cristian Fabián s/recurso de casación", Reg. Nro. 992, rta. el 4/11/97; causa Nro. 691, "MIGUEL, Eduardo Jorge s/recurso de casación", Reg. Nro. 984; causa Nro. 742, "FUENTES, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg. Nro. 1136, rta. el 26/2/98; causa Nro. 1367, "QUISPE RAMÍREZ, Inocencio s/recurso de casación", Reg. Nro. 1897, rta. el 18/6/99; entre muchas otras). II. Sentada la procedencia formal del recurso incoado, con remisión a los argumentos que expusiera -en lo pertinente- en la causa nro. 1400/13 caratulada ?Rotela, Jorge o Rotella, Jorge s/recurso de casación?, de esta Sala IV, Reg. 2135/13.4, rta. el día 4/11/13, adhiero a la solución que propicia el doctor Mariano Hernán Borinsky. En dicho precedente recordé, al analizar la constitucionalidad del art. 64 inc. a) de la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73), y de ?incompatibilidad inconciliable? (Fallos: 322:842 y 322:919). Razones que conllevan a considerarla como ?última ratio? del orden jurídico (Fallos: 312:122; 312:1437 y 314:407). Asimismo, que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia y acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos: 253:362; 257:127 y 306:1631). Sostuve también, que los argumentos a favor de la inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la ley 25.871, no convencen de que la decisión política del órgano legislativo allí plasmada, sea violatoria de algún derecho o principio fundamental positivizado y garantizado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, enunciados en su art. 72, inc. 22; en concreto, el derecho a la igualdad ante la ley -art. 16 de la C.N.- y el principio de división de poderes -art. 1 ib ídem- (cfr. causa n° 5509 caratulada ?VIVIERS, Robin s/recurso de inconstitucionalidad?, Reg. Nro. 6929, rta. el día 26/09/05). En efecto, nuestro más alto Tribunal lleva dicho que ?La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, o de ilegítima persecución? (Fallos: 323:1566). Es decir que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 101:401; 124:122; 126:280; 127:167; 137:105; 157:28; entre otros). Y consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes de acuerdo a sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de igualdad absoluta o rígida, sino de igualdad para todos los casos idénticos, lo que implica la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se les concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106). Ello no significa que el legislador establezca distinciones válidas entre supuestos que estime diferentes, en tanto dichas distinciones sea arbitrarias, esto es, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegios, sino a una razón de discriminación de índole objetiva?. La disposición normativa que cuestiona la defensa, cuya constitucionalidad ha sido en autos afirmada por el tribunal a quo, resuelve un supuesto concreto y determinado, produciendo la decisión que allí quedó plasmada, mediante criterios de política criminal y migratoria discrecionales de la esfera de reserva del ámbito legislativo (arts. 75, incs. 12, 22 y 32 de la C.N.); fijando de tal modo una causa de extinción de la pena privativa de libertad (art. 64, ley 25.871, "Política Migratoria Argentina"), que se da por cumplida cuando la expulsión se ejecuta. En el presente caso, de la resolución recurrida -rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la ley 25.871-, se advierte, como bien señala el colega preopinante, que el ?a quo? ha realizado una interpretación a la luz de los principios antes expuestos que conducen correctamente a sostener la constitucionalidad de la norma y rechazar el planteo efectuado. No debe soslayarse que el fin de la pena invocado por la defensa (resocialización), que a su entender se vería vacío de contenido en tanto M. solicitará el extrañamiento, resulta ser sólo uno de sus fines. Al respecto, el representante del Ministerio Público Fiscal, al responder la vista conferida por el ?a quo? -cuyos argumentos hizo propios el tribunal-, señaló que ?la concepción sobre los fines de la pena que esbozó la defensa, en tanto estimó que el único objetivo que persigue es el de prevención especial positiva (resocialización), contiene un sesgo respecto de las cuestiones de prevención general y retributivas que también integran la teología

punitiva?, (cfr. fs. 6/7 del presente incidente). En esa inteligencia, coligió que la pretensión de la defensa lesionaría gravemente el legítimo interés punitivo del Estado que tuvo en miras al momento de sancionar a Ms. Surge claro entonces que se atribuye a la pena más de un fin o función. La ocasión no es apropiada para efectuar un análisis sobre los fundamentos y fines de la pena en un Estado de derecho dado que se trata de un problema profundo que excede el marco de la respuesta que el planteo requiere. Sin embargo, dando una respuesta acotada a la defensa señalaré que el delito -en el caso, contrabando agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a la comercialización (548,5 gramos de metanfetamina éxtasis), en grado de tentativa- y la culpabilidad constituyen la base de toda pena. Se trata del principio constitucional de nulla poena sine culpa; la que deberá ser aplicada conforme a los principios del debido proceso legal. Con esta directriz medular entiendo que es suficiente para reafirmar, frente al planteo defensorista, la constitucionalidad de la norma. A lo expuesto es dable añadir que, en numerosas ocasiones, ¿La pena (...) adquiere una función expresiva enfática del castigo frente a una norma que ha sido quebrantada, reafirma el derecho subjetivo de la víctima que ha sido violado, y demuestra con claridad que el hecho fue en efecto un crimen. [...] El propio hecho de adoptar reglas penales que establecen estándares de comportamiento implica categóricamente que las acciones que las violan son incorrectas, y que tales acciones han de ser condenadas, denunciadas, repudiadas. Las expresiones de esta condena y repudio son el indicador de la validez de las reglas y de la aceptación de la convicción de que sus quebrantos son incorrectos e intolerables en la sociedad?, (Primoratz, Igor. "Punishment as Language", Philosophy 64, no. 248, Cambridge University Press: 1989, 187-205, p. 197). III. En relación al segundo motivo de agravio mediante el cual la defensa de M. alega la arbitrariedad de la sentencia recurrida por falta de fundamentación, adhiero a las consideraciones expuestas por mi colega preopinante en el punto III de su voto. IV. En virtud de lo expuesto, y por coincidir en lo sustancial con el fundado voto del doctor Mariano Hernán Borinsky, adhiero a la solución allí propuesta. El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: Doy por reproducidos los sucesos del caso y por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas por mi colega que lidera el acuerdo, en orden a que el recurrente no ha logrado refutar los fundados argumentos desarrollados del a quo en la resolución recurrida ni demostrado en el caso la concurrencia de los presupuestos necesarios a fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad que pretende, es que adhiero a la solución que viene propuesta. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 532 -en función del art. 22 inc. d) de la ley 27.149- del C.P.P.N.). Téngase presente la reserva de caso federal. Así voto. En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial a fs. 10/15 vta., asistiendo a M. G. M. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del CPPN). II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada N° 15/13, CSJN -Lex 100-). Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. MARIANO HERNÁN BORINSKY JUAN CARLOS GEMIGNANI GUSTAVO M. HORNOS

029307E