

Migraciones Inmigrantes Planteo De Inconstitucionalidad Expulsion De Extranjero Irregular

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 10

días del mes de febrero del año dos mil catorce, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Mariano Hernán Borinsky, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara, Dr. Walter Daniel Magnone, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 1596/2013 caratulada "G. F., M. s/ recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca y de la Defensa Pública Oficial Ad Hoc, Dra. María Florencia Lago. Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el orden siguiente: Catucci, Borinsky, Riggi. **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

La señora Juez, Dra. Liliana E. Catucci, dijo: **PRIMERO:** Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de este Tribunal a raíz de los recursos de casación interpuestos a fs. 10/16 y 17/28 por el Fiscal General y la Defensa Pública Oficial contra el pronunciamiento dictado por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1, obrante a fs. 7/9, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 64, inc. a) de la ley 25.871 y no hizo lugar a la solicitud de expulsión de M. G. F.. Concedidos, fueron mantenidos ante esta instancia a fs. 34 y 35/vta., oportunidad en que la defensa estatal renunció a los plazos y actos procesales pendientes. Corrida que fue la vista al Fiscal General, ese ministerio no opuso reparo a la petición de la defensa, con lo cual la causa quedó en condiciones de ser resuelta. **SEGUNDO:** a) El representante del Ministerio Público Fiscal fincó su agravio en la errónea aplicación de la ley sustantiva. Criticó la inconstitucionalidad del art. 64, inc. "a" de la ley 25.871 por haber vulnerado la voluntad del legislador, el principio de legalidad y el de igualdad al aducir que la nacionalidad del condenado es una mera cuestión "accidental" ineficiente para favorecer al extranjero en el cumplimiento de toda la pena, del mismo modo que ocurre respecto de los argentinos. Por ello solicitó que se conceda el remedio interpuesto, se case la sentencia y se autorice el extrañamiento del condenado. Finalmente, hizo reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48). b) La asistencia estatal encausó sus gravámenes en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.. Cuestionó la decisión impugnada, con citas de doctrina y jurisprudencia por haber negado el extrañamiento pese a la inexistencia de oposición fiscal vulnerando el principio acusatorio, y los de contradicción, de defensa y debido proceso. Señaló la errónea aplicación de la ley sustantiva, la violación al principio de legalidad y la afectación al principio de división de poderes, del sistema republicano de gobierno. En ese carril, sostuvo que la extinción de la pena antes de su agotamiento temporal, por extrañamiento, no genera desigualdad inconstitucional en tanto va acompañada de la expulsión del país, situación que se diferencia de los penados privados no sujetos a la expulsión, o porque ésta no se encuentre firme conforme establece, el art. 62, inc. b), de la ley 25.871). Peticionó la expulsión de su asistido por haber cumplido con los requisitos establecidos en la ley 25.871. Hizo reserva de caso federal (art. 14 de la ley 48). **TERCERO:** a) La señora juez de ejecución declaró la inconstitucionalidad del art. 64, inc. "a" de la ley de Migraciones porque "el cumplimiento del conjunto de deberes, derechos y garantías del ordenamiento jurídico que se reconocen e imponen a quienes habiten el suelo argentino, basamento del principio de igualdad ante la ley, se ve alterado por un factor accidental, en el caso la diversa nacionalidad de quien resultó ser condenado conforme a derecho, por la justicia de la República Argentina. Así reparó que la norma de mención deja sin operatividad el cumplimiento del tratamiento penitenciario exigible conforme las premisas fijadas ya en el artículo 1 de la ley 24.660 (...) afecta (...) el citado precepto constitucional al desequilibrarse el cumplimiento de una pena, con aquéllos de nacionalidad Argentina, manteniéndose a la sazón, con los condenados extranjeros sólo una igualdad transitoria que cumplida la exigencia de un lapso, deja de proyectarse tanto en lo formal como en lo real, pese al concepto de igualdad en la identidad de los iguales". A su vez destacó que nada se previó al respecto en las primeras fases del tratamiento penitenciario de modo tal de implementar un sistema que circunscripto a su situación, atendiera al cumplimiento de los extremos del artículo 1 de la ley 24.660, con el fin de que el condenado pudiera adquirir la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, cualquiera fuera el país en el que habitare. Concluyó que no se observan obstáculos para impedir el cumplimiento concreto de la pena en este país en función de lo cual entendió que los factores que habrían incidido en el dictado de la citada normativa no cumple con el criterio objetivo de razonabilidad que exige todo ordenamiento legal armónico, al otorgar el cumplimiento de la mitad de la condena impuesta en libertad, "sin guardar con las exigencias de conducta y concepto del artículo 17, párrafo III y IV, de la ley 24.660, que ésta se dé por cumplida, disposición que desde esa consecuencia jurídica amplía con un regreso al país el espectro de desigualdad con los nacionales desde el Derecho Penal, faltando motivación para su aplicación un interés colectivo, justicia o de equidad, que lleven a consagrar en respeto de las garantías constitucionales excepciones a las

reglas generales". Puso de resalto que el condenado F. tenía residencia permanente en el país, con lo cual carecía de sentido hablar de una residencia irregular y ordenarse su expulsión. Asimismo, señaló que conforme el art. 62 de la ley 25.871, la cancelación de la residencia y posterior expulsión debe diferirse hasta dos años después de cumplida la pena impuesta, tal como está previsto en el inciso b), por lo que consideró anticipado la aplicación del extrañamiento invocado. A continuación relató que la situación migratoria de G. F. comenzó de niño debido al traslado por cuestiones laborales de sus padres, habiendo obtenido su radicación definitiva el 24 de octubre de 1984, y en donde se unió en matrimonio con la señora S. A.. El resto del núcleo familiar conformado por su madre y sus dos hermanas también reside en el país. De ello extrajo que el condenado extranjero se encontraría en desigualdad con los nacionales. b) El caso a estudio resulta sustancialmente análogo a lo resuelto por la Sala I, que integró, in re: "Chukura O'Kasili, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad", causa N° 5795, reg. N° 7452, rta. el 28/2/05; y en idéntico sentido la Sala III de esta Cámara, causa n° 5819, "Ríos Noceda, Juan Carlos s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 635/05, rta. el 10/08/05; causa n° 6154, "Nel, Jacob Johannes s/recurso de inconstitucionalidad", reg. 940/05, rta. el 31/10/05, en los que se señaló como punto de partida "que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y 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..." (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, 1087; causa E. 73. XXI, "Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario", fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros y, esta Sala, causa N° 2767, reg. N° 3328, "Duarte Nelia E. y otro s/recurso de queja", rta. el 23 de febrero de 2000; causa N° 4876, reg. N° 6158, "Leguizamón, Néstor Osvaldo s/rec. de casación", rta. el 5 de septiembre de 2003). Esto último, de ningún modo, es lo que trasluce la lectura del art. 64, inc. "a", de la ley 25.871, aplicado a la situación particular de G. F.. Y ello porque la directiva en estudio no conculca ni el derecho de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) ni el principio de división de poderes (art. 1°, idem). Continúa el fallo de cita diciendo que: " el fundamento para desbaratar la supuesta afectación, por parte de la norma en examen, del derecho previsto por el art. 16 de la Constitución Nacional lo da la jurisprudencia del Máximo Tribunal: "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 desfavor, o de ilegítima persecución" (Fallos: 323:1566)." " Ello es así porque lo que surge a la luz de estos actuados es que (el condenado G. F.), por su condición de extranjero y características particulares, justamente no se halla en igualdad de condiciones que los reclusos nacionales". "De cuanto precede, entonces, se sigue que la norma bajo estudio no trae aparejada desigualdad alguna en cuanto al derecho de resocialización que le asisten a ambos tipos de condenados (arts. 75, inc. 22, C.N., 6° de la C.A.D.H., 10.3 del P.I.D.C y P. y 1° de la ley 24.660). Todo lo contrario, ella lo que persigue es hacer cierto ese derecho, y en pos de ello es que propugna que el extranjero sea devuelto a la sociedad que le es afín." "No obstante que lo manifestado demuestra que la norma en estudio no transgrede el art. 16 de la Ley Fundamental, valga aclarar que al Tribunal no se le pasa por alto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que "Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente', para justificar aquélla, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'" (Fallos: 311:2272). Lo que sucede es que esta doctrina no resulta aplicable al presente. En efecto, sólo será pasible de aplicación cuando, como hubo ocurrido en el caso del que se la extrajo, la ley restrinja al habitante extranjero algún derecho civil del que sí goza su similar de origen nacional (en dicho caso, específicamente, una ley de la Provincia de Buenos Aires, impedía a los extranjeros ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática), mas no cuando, como en el presente, a aquéllos se le acuerda un derecho que, por su condición, no le es otorgado a los nacionales". " De otra parte, habrá de manifestarse -como se apuntó más arriba- que el art. 64, inc. "a" de la ley 25.871, no afecta el principio de división de poderes. Ello resulta así porque ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo vienen a interferir mediante la sanción de la norma en estudio el primero, o a través de su aplicación el segundo, en el ámbito propio de actuación que la Constitución Nacional le confiere al Poder Judicial de la Nación (art. 116). En efecto, el Poder Legislativo, mediante la sanción del art. 64, inc. "a", de la ley 25.871 vino tan sólo a establecer una nueva causal de extinción de la pena, facultad que le es acordada por el art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental. A su vez, el Poder Ejecutivo, por la persona del Director Nacional de Migraciones, lo único que hizo fue aplicar la norma cuando se le presentó el caso que el legislador contempló para sancionarla. En definitiva, de lo supra argüido se colige que tanto el poder deliberativo como el administrador no se han inmiscuido en la esfera de actuación del Poder Judicial de la Nación. Va de suyo, entonces, que el principio republicano de partición de los poderes no ha sido violado". Por lo demás, cabe señalar, in re: "Montero Sandoval, Ivan s/ recurso de casación",

Reg. N° 8747, causa n° 6777, rta. el 27/4/06, de la Sala I, que "los aportes concurrentes de la doctrina que ha comentado el pronunciamiento parcialmente interpolado (Revista de derecho penal y procesal penal, Noviembre de 2005, pág. 1745, Editorial LexisNexis), especialmente en cuanto precisa que la desigualdad entre uno y otro supuesto -internos nacionales y los extranjeros con orden de expulsión del país- radica en que el condenado extranjero, incluido en la situación del art. 64, de la ley 25.871, posee una orden de expulsión del territorio con prohibición de regreso que lo diferencia de cualquier otro interno nacional. Se aclarará, sin embargo, que lo resuelto no deberá ser entendido como justificante de "la eliminación de la finalidad constitucional de la ejecución penal (reinserción social)" o como tendiente a abortar el manifiesto objetivo de reinserción social. En principio, al haberse expresado que determinadas circunstancias tornan prácticamente ilusoria tanto la resocialización como el derecho del penado a acceder a los beneficios que le otorgan los arts. 16 y 23 de la ley penitenciaria, se hizo referencia a las dificultades con que tropezaría la finalidad resocializadora del segmento de la pena que debería cumplirse extramuros; ello, por cierto, no implica renuncia alguna a ese objetivo ni, menos aún, priva de sentido resocializador al encierro precedente. La Sala, de otra parte, ha tenido oportunidad de señalar que "la reinserción social del condenado, si bien esencial, no debe ser considerada como una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad; se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena, y con la exigencia de justicia, tales como la prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad, y la prevención especial" (confr. sentencia del 26 de octubre de 2001, dictada por la Sala IIda. del Tribunal Superior Español -n° 1919/2001, rec. 723/2000- citada por esta Sala, causa n° 4340, "Castro, M. A. s/recurso de casación", rta. el 11 de noviembre de 2002, reg. n° 5470 y en causa n° 4592 "Miguel, C. O. s/recurso de casación", rta. el 24 de febrero de 2003, reg. n° 5657).

c) Sentado cuanto precede, ha de señalarse que el art. 64, inc. "a", de la ley 25.871 estatuye una causal de extinción de la pena mediante actos administrativos de expulsión, firmes y consentidos, dictados respecto de extranjeros que se encuentran en situación irregular, bajo tres requisitos: a) la firmeza del acto que dispone el extrañamiento; b) el cumplimiento en privación de libertad de los lapsos a que aluden el inc. 1°, del art. 17 de la ley 24.660 y, c) no poseer un proceso abierto en el cual interese su detención u otra condena pendiente (art. 17, inc. 2°, ídem). Fuera de disenso se encuentra el cumplimiento, en el caso, de los recaudos mencionados; las referencias a inconductas o a las diferentes circunstancias que, a juicio del magistrado a quo, harían inaplicable la norma que extingue la pena implican la exigencia de requisitos extralegales. Y si bien es cierto que el idioma o el arraigo del sentenciado, por ejemplo, fueron invocados en el precedente "Chukura O'Kasili, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad", se lo hizo a título de consideraciones complementarias, a las que no debe subordinarse la aplicabilidad del precepto ni la validez constitucional. Por lo demás, la pretendida colisión entre su texto y los fines de resocialización a que alude la ley 24.660 ha sido conciliada por el legislador que privilegió, a su turno, los intereses propios de la política migratoria del Estado por sobre aquellos otros que fueron debidamente atendidos durante el tiempo en que el condenado estuvo privado de su libertad. La oposición de una norma de igual jerarquía con otra anterior dictada por el mismo sujeto legisferante, no suscita conflicto directo con la Constitución Nacional (confr. Néstor Pedro Sagües, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extra-ordinario, II-172, Ed. Astrea, y sus citas); este argumento, finalmente, es extensivo a la supuesta pugna entre la ley 24.767 que regula la cooperación internacional en materia penal y el art. 64, inc. a) de la ley 25.871. Corolario de cuanto precede es que, el precepto cuya constitucionalidad se solicita no acarrea ni la resolución atacada lo ha podido demostrar el avasallamiento de normas de rango superior (arts. 31 y 75, inc. 22 de la Ley Fundamental). Por el contrario parece que en el pronunciamiento se han sustituido los valores tenidos en cuenta por el legislador por el criterio del juzgador, tarea que peca por una sustitución del poder legislativo, prohibido para el juez. Por lo tanto, es constitucional. Conforme lo expuesto y de conformidad con el art. 475, segundo párrafo, del C.P.P.N., corresponde declarar la constitucionalidad del art. 64, inc. "a", de la ley 25.871 y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento recurrido y estar a la orden de expulsión de Iván Montero Sandoval, sin costas. Tal es mi voto. El señor Juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Por compartir en lo sustancial los fundamentos esgrimidos por la distinguida colega que me precede en el orden de votación, doctora Liliana E. Catucci y de conformidad con lo propiciado por el Fiscal General de Casación, Dr. Javier De Luca, adhiero a la solución allí propiciada. El señor Juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo: Por compartir en lo sustancial los fundamentos, adherimos a la propuesta de la doctora Liliana Elena Catucci y nos pronunciamos en idéntico sentido. Por ello y en mérito a lo que resulta del Acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: Declarar la constitucionalidad del art. 64, inc. "a", de la ley 25.871; y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento de fs. 7/9, y estar a la orden de expulsión de I. M. S., sin costas. Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN n° 15/13) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Fdo: Dres. Eduardo R. Riggi - Liliana E. Catucci - Mariano H. Borinsky. Ante mi: Walter Daniel Magnone. Prosecretario de Cámara. Correlaciones: Ley 25871 - BO: 21/1/2004

Cita digital: