

T CAS

PROCURACION PENITENCIARIA
ENTRO
5 NOV 2013

Poder Judicial de la Nación
Cámara Federal de Casación Penal
SALA IV

COMODORO PY 2002 -PISO 1º- CAPITAL FEDERAL

CEDULA DE NOTIFICACION

Fecha de recepción en Notificaciones:
...5.../ 11 /13.



PROCURACION PENITENCIARIA DE LA NACION
Doctor: Ariel Cejas Meliारे
Domicilio: Av. Callao 25, piso 1º, depto. B.-

CONSTITUIDO

Carácter: URGENTE (ART. 142 CPPN)

Observaciones Especiales:

NO DEVOLVER SIN NOTIFICAR. NO FIJAR EN LA PUERTA DE ACCESO SIN LA FIRMA DE TESTIGO, CONFORME ART. 149 CNCP

	1400/ 2013	91	T CAS	IV	SI	NO	NO
Nº orden	Exp. Nro	Zona	Fuero	Sala	Copias	Person al	Observ ac

05 NOV. 2013

[Handwritten signature]

Hago saber a Ud. que en el expediente caratulado: ~~_____~~,
~~_____~~ "recurso de casación", que tramita
por ante este Tribunal, con fecha 4 de noviembre de 2013 se
dictó la resolución cuya copia se adjunta en seis (6) fojas
(Registro Nro. 2135/13). La presente deberá ser diligenciada
con carácter de urgente (Art. 142 CPPN)-----

QUEDA USTED LEGALMENTE NOTIFICADO.-----

Buenos Aires, 4 / 11 / 13

[Handwritten signature]
HERNAN BLANCO
Secretario de Cámara

SEÑOR JUEZ:
EN.....DE.....
.....DE 2013 SIENDO LASHORAS, ME
CONSTITUÍ EN EL DOMICILIO PRECEDENTEMENTE INDICADO
REQUIRIENDO LA PRESENCIA
DE.....INTERESADO.....Y
.....
RESPONDIENDO A MIS LLAMADOS UNA PERSONA QUE DIJO SER
.....
.....Y QUE AQUEL.....VIVE.....ALLÍ,
PROCEDÍ ANOTIFICARLE
.....HACIÉNDOLE ENTREGA DE
.....DUPLICADODE IGUAL
TENOR A LA PRESENTE COPIAPREVIA LECTURA
.....Y
.....RECIBIÉNDOSE DE
ELLO.....FIRMÓ.....

Cámara Federal de Casación Penal


HERNÁN BLANCO
SECRETARIO DE CÁMARA

REGISTRO N° 2135/13.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 4 (CUATRO) días del mes de NOVIEMBRE del año dos mil trece, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario Actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 47/52 vta. de la presente causa Nro. 1.400/13 del registro de esta Sala, caratulada: "[REDACTED] o [REDACTED] s/ recurso de casación"; de la que RESULTA:

I. Que el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 de esta ciudad, en el legajo n° 135.691 de su registro interno, con fecha 5 de agosto de 2013, resolvió: "I. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 64 inc. a) de la ley 25871; II. No hacer lugar a la solicitud de expulsión de [REDACTED] "o" [REDACTED] DNI [REDACTED], expedido por el Registro Nacional de las Personas, de las demás condiciones personales, en relación a la pena única de siete años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 14, en relación a la causa 3853/2856 de ese registro, y cuyo vencimiento operará el día 6 de febrero de 2017" (fs. 43/46 vta.).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación la señora Defensora Pública Oficial, doctora Flavia Vega, asistiendo técnicamente a [REDACTED] (fs. 47/52 vta.), el que fue concedido por el a quo a fs. 53/53 vta.

III. La recurrente recordó los antecedentes del caso y, seguidamente, fundó su recurso de casación en la hipótesis prevista en el inc. 1º del art. 456 del C.P.P.N.

En primer término se agravió por entender que la resolución puesta en crisis incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, precisamente de la norma

prevista en el art. 64 de la ley 25.871 que rige la expulsión del extranjero detenido en nuestro país.

Manifestó que la decisión adoptada -en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 64 mencionado- es contraria a lo establecido en la Ley de Migraciones y a los precedentes que rigen la materia.

En tal sentido, citó varios precedentes de esta Cámara Federal de Casación Penal en los que se resolvió estar a favor de la constitucionalidad de la normativa reseñada.

Asimismo, adujo que la Ley de Migraciones no resulta inconstitucional ni viola el principio de igualdad ante la ley toda vez que "...si el Estado en ciertos supuestos tiene la obligación de erradicar a un individuo extranjero del suelo argentino, luego de ciertas condiciones enunciadas taxativamente, ello inevitablemente se traduce, a modo de "la otra cara de la moneda" en un derecho, al menos, de los sometidos al "ius puniendi" a recibir la expulsión según el principio de legalidad, que como todos sabemos ostenta jerarquía constitucional" (cfr. fs. 50).

Recordó que el principio de igualdad consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes de acuerdo a sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de una igualdad absoluta o rígida, sino de igualdad para todos los casos idénticos.

Como consecuencia de ello, dijo que Rotela se encuentra en igualdad de condiciones respecto de aquellos que fueron condenados en nuestro país en una situación de residencia irregular, cumpliendo la mitad de la pena, sin tener causas penales donde interese su detención y hayan sido expulsados por la autoridad migratoria, por lo que en el caso corresponde hacer lugar a la expulsión de su asistido.

Adujo que en el caso *sub examine* la juez ha resuelto en clara violación del principio de igualdad ante la ley toda vez que la resolución adoptada difiere del tratamiento dado a todo el resto de las personas en igual coyuntura procesal.

En segundo término, se agravió de lo dispuesto por el "a quo" en cuanto resolvió que, en cumplimiento del art.

Cámara Federal de Casación Penal


HERNÁN BLANCO
SECRETARIO DE CÁMARA

18 de la ley 25871, no debió declararse irregular la permanencia en el país de [REDACTED] ni ordenarse su expulsión.

Sobre el punto, manifestó que más allá de que no surja del expediente lo afirmado por el "a quo" en cuanto a que Rotela usufructuaba de residencia permanente, lo cierto es que el Poder Judicial no puede cuestionar una resolución adoptada por el Director Nacional de Migraciones, pues de ese modo se viola el principio republicano de división de poderes.

Asimismo, criticó que el "a quo" haya argumentado que en el caso no resulta ilusoria ni resocialización ni la accesibilidad a los beneficios de los arts. 16 y 23 de la ley penitenciaria.

Finalizó su presentación solicitando se anule la decisión recurrida y se ordene la inmediata expulsión de Rotela habida cuenta de que cumple con todos los requisitos establecidos en la ley 25871.

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que a fs. 58/62 vta. se presentó como Amicus Curiae de este Tribunal el doctor Ariel Cejas Meliari, Director General de Protección de Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación, solicitando se haga lugar al recurso de casación.

Dijo que "[e]ntendemos que el criterio adoptado en la resolución del 5 de agosto de 2012 que declara la inconstitucionalidad del artículo 64 inciso a) de la ley 25875, es incorrecto, ello determina, en los hechos, la detención de [REDACTED] por un plazo no requerido por la ley" (sic)(cfr. fs. 59).

Agregó que la magistrada interviniente afirma erróneamente la inconstitucionalidad del mecanismo de expulsión y desconoce, de ese modo, la política y la legislación migratoria y la competencia de la Dirección Nacional de Migraciones.

Finalizó su presentación solicitando se declare la expulsión de [REDACTED] tomando en cuenta los efectos negativos

que el encierro inútil tiene sobre sus derechos y su salud, y el tiempo transcurrido desde el cumplimiento del requisito temporal -23 de marzo del corriente- hasta la fecha.

V. Que a fs. 67, se celebró la audiencia prevista por el art. 465 bis, en función de los arts. 454 y 455, todos del C.P.P.N. (modif. por ley 26.374), en la cual el señor Defensor Público Oficial Ad-hoc, Julio E. López Casariego, y el Director General de Protección de Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación, doctor Ariel Cejas Meliari, hicieron uso de la palabra.

Así pues, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

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. Liminarmente, corresponde hacer una breve reseña de las presentes actuaciones.

Según se desprende de la presente incidencia, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 14 de esta ciudad resolvió, con fecha 18 de octubre de 2012, condenar a [REDACTED] a la pena única de siete (7) años y cuatro (4) meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la de seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo impuesta en el marco de la causa nº 3853/3856 por el mencionado tribunal por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo

Cámara Federal de Casación Penal


HERNÁN BLANCO
SECRETARIO DE CÁMARA

simple en concurso real con robo en grado de tentativa, los que concurren materialmente entre sí con el delito de robo, éste último en calidad de autor; y de la de siete (7) años de prisión impuesta con fecha 21 de octubre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 12 de esta ciudad en el marco de la causa nº 3390, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por la comisión de armas de fuego en concurso real con el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal.

Asimismo, se estableció que la pena impuesta vencerá el 6 de febrero de 2017.

Que, el 2 de febrero de 2012, la Dirección Nacional de Migraciones dictó la disposición nº 28262 (cfr. fs. 13/15) a través de la cual declaró irregular la permanencia en el país del extranjero [REDACTED] -de nacionalidad paraguaya-, ordenó su expulsión del territorio nacional -la que se haría efectiva una vez cumplida la pena o cesado el interés judicial de su permanencia en el país o por encuadrar en las previsiones del art. 64 de la ley 25.871-, y prohibió su reingreso por el plazo de quince (15) años (resolución que adquirió firmeza -cfr. nota nº 6900/13 S.O. expedida por la Dirección de Migraciones obrante a fs. 42).

El Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 1 de esta ciudad, con fecha 14 de mayo de 2013, otorgó intervención al representante del Ministerio Público Fiscal para que se expida respecto del posible extrañamiento de Rotela (cfr. fs. 31).

Al respecto, el señor Fiscal subrogante expresó que "...contándose con la actualización de los antecedentes del condenado y no surgiendo de los mismos que registre otros procesos en trámite y/o condenas pendientes y encontrándose glosada la Disposición firme de la Dirección Nacional de Migraciones que dispone el extrañamiento de quien nos ocupa, corresponde a V.S. autorizar a dicho organismo a que proceda en tal sentido..." (cfr. fs. 32).

Con fecha 17 de junio del corriente, el tribunal

llamó autos para resolver respecto de la solicitud de aplicación de lo dispuesto en el art. 64 de la ley 25.871 en relación al encartado. Que, en esa misma fecha, la defensa presentó un pedido de pronto despacho respecto de la expulsión de su asistido.

Con fecha 19 de junio de 2013, la juez subrogante ordenó una serie de medidas previas a la resolución de la incidencia pues el "a quo" advirtió que el número de DNI con el cual [REDACTED] habría acreditado identidad, pertenecería a otro ciudadano.

En dicha inteligencia, se estableció comunicación telefónica con la oficina de sorteos de la Cámara respectiva y con la Dirección Nacional de Migraciones, informando esta última, con fecha 17 de julio de 2013, que no se había iniciado trámite que alterara o modificara el status migratorio adoptado respecto del encartado (cfr. fs. 42).

Finalmente, el 5 de agosto de 2013, el "a quo" resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la Ley de Migraciones y, consecuentemente, no hacer lugar a la expulsión de Rotela.

III. En el *sub examine*, la cuestión a decidir se centra de determinar la constitucionalidad del art. 64, inc. a) de la ley 25.871 de Política Migratoria Argentina en cuanto establece que: "Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de los extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo 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 originariamente por el Tribunal competente (...)".

En primer lugar, resulta oportuno recordar 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

razonabilidad que exige todo ordenamiento legal armónico, al a su vez otorgar a más del privilegio no justificado desde la verdad real, de cumplir sólo la mitad de la condena que le fuera impuesta retirándose a su país de origen en libertad, sin guardad con las exigencias de conducta y concepto del artículo 17, párrafos 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..." (cfr. fs. 45 vta.).


Ahora bien, ya he tenido oportunidad de sostener 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. 41 ib ídem- (cfr. causa nº 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

Cámara Federal de Casación Penal


HERNÁN BLANCO
SECRETARIO DE CÁMARA

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".

Esa doctrina está dirigida a impedir la restricción de prerrogativas jurídicas a los habitantes de origen extranjero y no a la específica distinción, que tiene como presupuesto la comisión de un delito, y que fuera calificada de "indebido privilegio" respecto del cumplimiento de la pena impuesta judicialmente.

Por el contrario, la norma que el "a quo" ha declarado inconstitucional resuelve, en base a criterios estratégicos de política criminal y migratoria propios de la esfera de reserva del ámbito legislativo, un supuesto concreto y determinado, produciendo la decisión que allí quedó plasmada (arts. 75, incs. 12, 22 y 32 de la C.N.).

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 y no una conmutación encubierta (art. 64, ley 25.871, "Política Migratoria Argentina"), que se da por cumplida cuando la expulsión se ejecuta.

En este 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.


Por otro lado, no se observa que la norma referida afecte -como lo sostuvo el "a quo"- el principio de división de poderes, por cuanto ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo vienen a interferir en el ámbito propio de actuación que la Constitución Nacional le confiere al Poder

Judicial de la Nación.

Tampoco el instituto que se reclama se opone a los fines de la pena, cuestión medular de la materia aplicada que consiste en la resocialización de los condenados (art. 1, 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).


Por último, resta señalar que las distintas Salas de esta Cámara ya se han expedido en favor de la constitucionalidad del art. 64, inc. a) de la Ley 25.871, por considerar que dicho precepto legal no conculca el derecho de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) ni el principio de división de poderes (art. 1 C.N.) (Sala I, C.F.C.P., causa nº 5795 caratulada "CHUKURA OKASILI, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 7542, rta. el 28/02/05; Sala III, C.F.C.P., causas nº 5821 caratulada "REY NOCEDA, Cristián s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 634, rta. el 10/08/05 y nº 5740 caratulada "FLOREZ MARTÍNEZ, Omar s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 537, rta. el 29/06/05 y esta Sala IV, causa nº 5509 caratulada "VIVIERS, Robin s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 6929, rta. el 26/09/05).

Por ello, advierto que la resolución recurrida resulta arbitraria y carente de motivación, por lo que corresponde descalificarla como acto jurisdiccional válido y remitir la causa al tribunal "a quo" a fin de que analice la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley 25.871 y resuelva sobre la expulsión de Rotela.

IV. Por lo expuesto, propongo al acuerdo: **I. HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 47/52 vta. por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Flavia Vega, sin costas y, en consecuencia, **CASAR** la resolución recurrida de fs. 43/46 vta., **REVOCAR** la declaración de inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la Ley 25.871 y **REMITIR** al tribunal "a quo" a fin de analice nuevamente la solicitud de extrañamiento efectuada por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a 

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

Cámara Federal de Casación Penal


HERNÁN BLANCO
SECRETARIO DE CÁMARA

Que por compartir en lo sustancial las consideraciones realizadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, adhiero a su voto.

En efecto, 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 repugnancia con 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). Dichos presupuestos no se registran en el *sub lite*.

Agrego que en el caso, el Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior prestó conformidad fundada para la procedencia del extrañamiento. En el mismo sentido, se expidió ante esta instancia el representante de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Por lo tanto, no hay contradictorio y corresponde hacer lugar al recurso de casación, casar la resolución recurrida de fs. 43/46 vta., revocar la declaración de inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la Ley 25.871 y reenviar las presentes actuaciones a su origen, a sus efectos; sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor Juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Que por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas en el voto que abre el acuerdo y que a su vez cuenta con la adhesión del Dr. Mariano Hernán Borinsky, emito mi sufragio en idéntico sentido.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

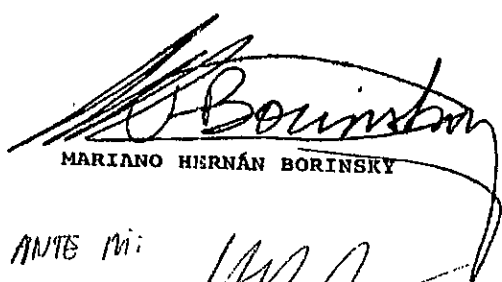
HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a

fs. 47/52 vta. por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Flavia Vega, sin costas y, en consecuencia, **CASAR** la resolución recurrida de fs. 43/46 vta., **REVOCAR** la declaración de inconstitucionalidad del art. 64, inc. a) de la Ley 25.871 y **REMITIR** al tribunal "a quo" a fin de analice nuevamente la solicitud de extrañamiento efectuada por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a [REDACTED] (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

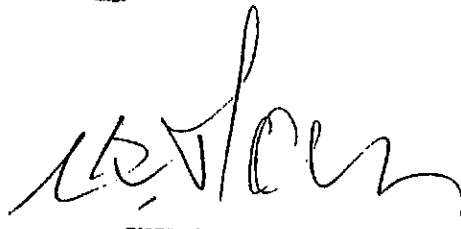
Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada Nº 15/13, CSJN) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Remítase la presente causa al juzgado de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.



JUAN CARLOS GEMIGNANI



MARIANO HERNÁN BORINSKY



GUSTAVO M. HORNOS

ANTE MI:



HERNÁN BLANCO
SECRETARIO DE CÁMARA