



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

**SE PRESENTA Y MANIFIESTA COMO “AMIGO DEL TRIBUNAL”**

**Sres. Jueces de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal**

Ariel Cejas Meliara, Director General de Protección de Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación, con domicilio en Av. Callao 25, 1er. Piso, dpto. “B” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco del recurso de casación interpuesto contra el decisorio de fecha 5 de agosto del 2013 del Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 1 en el legajo de ejecución de XXXXXXXX XXXXXXXX, me presento y respetuosamente digo:

**I. OBJETO**

Que venimos a manifestar nuestra opinión acerca de cuestiones de derecho de esta causa, en el carácter de amigo del tribunal, en virtud del justificado interés de esta Procuración Penitenciaria de la Nación (en adelante, PPN) por la resolución de aquellas cuestiones en que se encuentra comprometida la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, de conformidad con el mandato de las leyes 25.875 y 26.827.

El artículo 1º de la ley 25.875, dispone que *“El objetivo fundamental de esta institución es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal...”* y su art. 18 inciso “e” faculta expresamente al organismo a manifestar su opinión respecto de cuestiones de hecho o de derecho ante los magistrados en carácter de “Amigo del Tribunal”.

La figura del *amicus curiae*, por cierto, ha sido ampliamente aceptada en el ámbito judicial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sancionó la Acordada 28/2004

y autorizó la intervención de Amigos del Tribunal y destacó su importancia como instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia. En el caso planteado por este organismo ante la Corte Suprema en “Estevez, José Luis s/solicitud de excarcelación” (Nº 33.769, Expte. Nº 381, Letra “E”; Libro XXXII, año 1996), el Alto Tribunal utilizó argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fundamentaban el pedido de la PPN. Del mismo modo, vale agregar las presentaciones de este organismo ante la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Nº 1831 “Alonso y otros s/recurso de casación”, ante la Sala III en la causa Nº 2181 “Murga, Oscar Guillermo s/recurso de casación” donde los escritos integraron los expedientes y fueron tenidos en cuenta por los magistrados.

De todo lo expresado se desprende a las claras la vialidad del carácter invocado, a título del cual expresamos nuestra opinión acerca del caso del Sr. XXXXXXXX XXXXXXXX, detenido a disposición del Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº I (JEP 1), bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal (en adelante, SPF).

Entre los mandatos impuestos al organismo a mi cargo, constituye una cuestión esencial velar por el debido respeto del derecho que asiste a una persona de no permanecer detenida cuando ello es injusto e innecesario. Entendemos que ello ocurre en casos como el presente, en que las razones que justifican la prisión reconocen fundamentos axiológicos y motivos prácticos de inferior jerarquía con relación a otros de orden superior, que se ven afectados por la continuidad del encierro, generado en este caso, por la resolución del 5 de agosto del 2013 de la Sra. Juez de Cámara Liliana Noemí Barrionuevo a cargo del JEP 1 que declaró inconstitucional el artículo 64 inc. a) de la ley 25871 y prorrogó, con ello, la situación de encierro del Sr. XXXXXXXX.

Esta presentación tiene entonces interés en que se resuelva favorablemente el recurso planteado por la defensora oficial Flavia Vega, titular de la Defensoría Pública Oficial Nº 2 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, por el cual solicitó se case la



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

resolución recurrida y se autorice la inmediata expulsión del Sr. XXXXXXXX XXXXXXXX.

**II. ANTECEDENTES**

XXXXXXXX XXXXXXXX fue condenado por el Tribunal oral en lo Criminal 14 a la pena única de siete años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas. Por tal motivo, el 2 de febrero del 2012 la Dirección Nacional de Migraciones, declaró irregular su permanencia en el país y ordenó su expulsión del territorio nacional, encontrándose habilitado para efectivizar la medida migratoria desde el 23 de marzo del 2013.

Frente a la solicitud de extrañamiento, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 ordenó una serie de diligencias para verificar con carácter previo a la resolución que el nombrado no estaba imputado por la comisión del delito de falsificación de documento, pese a que el representante del Ministerio Público Fiscal había entendido que correspondía autorizar la expulsión por no surgir procesos en trámite y/o condenas pendientes. Luego de cinco meses las averiguaciones dieron resultado negativo.

Agotadas esas medidas previas, la Dra. Barrionuevo resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 64, inciso a) de la ley 25.871 y no hacer lugar al extrañamiento de XXXXXXXX XXXXXXXX, decisión contra la cual se interpuso el recurso en examen.

**III. FUNDAMENTOS**

Entendemos que el criterio adoptado en la resolución del 5 de agosto del 2013 que declara la inconstitucionalidad del artículo 64 inciso a) de la ley 25875, es incorrecto, ello determina, en los hechos, la detención de XXXXXXXX XXXXXXXX por un plazo no requerido por la ley.

El artículo 1 de la ley 24.660, la pena privativa de la libertad tiene por finalidad

lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, utilizando todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para dicha finalidad. Con base en lo anterior, puede sostenerse que sólo la resocialización justifica el cumplimiento de la pena.

De ahí que, si no hay posibilidades concretas y reales de asegurar que la pena tendrá alguna utilidad social en base al principio rector de la “resocialización”, así como sucede en este caso, el cumplimiento de la pena pierde razón. Ello justifica una reflexión acerca de las razones últimas por las cuales el Estado Argentino mantiene detenido a XXXXXXXX XXXXXXXX; en especial si se tiene en cuenta que las respuestas punitivas de la autoridad pública no constituyen la regla, ni confieren al encarcelamiento una entidad justificante.

Como enseña Raúl E. Zaffaroni<sup>1</sup>, “Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el llamado sistema penal”. El proceso de criminalización conlleva selección y esta se plantea en dos etapas: una primaria –que es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material que incrimina ciertas conductas y personas- y otra secundaria –que depende de las acciones concretas de las agencias públicas que, seleccionando de la realidad situaciones y sujetos concretos, terminan por “traducir” los postulados de las normas generales en respuestas punitivas puntuales.

La criminalización no es, entonces, un proceso natural o una solución social inevitable, sino la resultante histórica de la acumulación de respuestas contingentes —

---

<sup>1</sup> En adelante, seguimos a Zaffaroni, R. E. Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 7/139.



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

más o menos aleatorias— frente a situaciones sociales concretas, en muchos casos adoptadas en base a necesidades políticas a menudo incoherentes con los postulados que confieren sustento teórico a la criminalización como función estatal en un tiempo y lugar.

Ante esas advertencias, corresponde una reflexión acerca de las razones que confieren sentido al encierro de XXXXXXXX, más aun cuando es vasta la jurisprudencia que avala la constitucionalidad del artículo atacado por la Dra. Liliana Barrionuevo.

La magistrada afirma, erróneamente a nuestro entender, que la aplicación del mecanismo de expulsión al Sr. XXXXXXXX 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”*. Y continua que *“la consideración que conlleva el contenido del nombrado artículo, fue la contemplación que esos penados se encontraban en un evidente contexto de inferioridad o debilidad, 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”*

También desconoce el fallo la política y legislación migratoria y la competencia y misión de la Dirección Nacional de Migraciones. Al analizar los antecedentes migratorios, la jueza entendió que *“en cumplimiento de artículo 18 de ese cuerpo de no debe declararse irregular la permanencia en el país de XXXXXXXX XXXXXXXX, ni ordenarse su expulsión”* y concluyó que *“el extrañamiento de un extranjero no debe ser automático”,* sino que *“debe efectuarse un pormenorizado estudio de la situación migratoria del condenado XXXXXXXX, desde los objetivos de la ley de migraciones”*.

Este pormenorizado estudio, empero, es facultad de la Dirección de Migraciones,

artículo 105 de la ley migratoria, quien luego de efectuarlo ya dispuso la irregularidad de su permanencia y la expulsión del territorio nacional. En el supuesto que el Sr. XXXXXXXX debiera recurrir judicialmente esta disposición, serían los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo o los Juzgados Federales del interior del País hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria, tal cual lo dispone el artículo 98 de la ley 25871, quienes deberían actuar.

Luego de la promulgación de la normativa migratoria se generó un debate sobre su constitucionalidad y uno de los aspectos analizados entonces fue la razonabilidad de la ley y si esta violentaba el derecho a la igualdad.

La Sala I de la Cámara de Casación Penal en un caso análogo resolvió en el mes de febrero del año 2005, **hace mas de 7 años**, el recurso interpuesto por la fiscalía en la causa Nº 5795, Chukura O`Kasili Nicholas s/ Recurso de inconstitucionalidad. En dicha oportunidad la fiscalía entendía que el artículo 64 inc. "a" de la ley 25.871 *"al crear una suerte de extinción de pena, transgrede los principios de igualdad ante la ley (los condenados nacidos en el país están obligados a cumplir la pena que se les impuso hasta su agotamiento, más allá de la posibilidad que les asiste de acceder a los beneficios previstos en la ley 24.660 y el art. 13 del código de fondo, en tanto que los extranjeros se ven premiados con una reducción significativa de la pena impuesta) y de razonabilidad (se está admitiendo la coexistencia de dos códigos penales: el Código Penal y el previsto por la ley 25.871 sólo en lo que respecta a delitos cometidos por extranjeros)." Similar criterio adoptado por la doctora Barrionuevo. Asimismo la fiscalía en su momento sostuvo que la norma trae *"aparejada la intromisión, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, en las facultades conferidas al Poder Judicial de la Nación, ya que habilita ... a un funcionario de aquél para que detone lo que luego se transformará en un acto jurisdiccional, por el que quede sin más extinguida una pena privativa de la libertad, es decir, que ... queda en manos de un funcionario administrativo la decisión de dar por extinguida la sentencia condenatoria dictada por los jueces de la Constitución... de tal manera se desconoce el**



*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

*principio de división de poderes... (arts. 29 y 109 de la C.N.)."*

En su fallo, la Sala I señaló *"que la inconstitucionalidad propugnada no podrá encontrar resolución favorable, so pena de desconocer reiterada doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, el Alto Tribunal en un sinfín de oportunidades ha señalado: 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 Nelía 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)."* Es importante destacar que la aplicación de la legislación atacada no conculca ni el derecho de igualdad ante la ley (artículo 16 C.N.) ni el principio de división de poderes (artículo 1°, ídem), en los que fundaron los recurrentes la impugnación, declarando así la constitucionalidad del mecanismo de expulsión.

En igual sentido se pronunció la Sala III en octubre del 2005, Nel, Jacob J. S/ recurso de inconstitucionalidad Expediente:: 6.154, allí hace referencia a que en anteriores pronunciamientos (causa 5.740 "Flores Martínez, Osmar s/ Recurso de inconstitucionalidad" reg. 537/05 del 29/6/2005; causa 5.821 "Rey Noceda, Cristian s/ Recurso de inconstitucionalidad" reg. 634/05 del 10/8/2005; causa 5.819 "Ríos Noceda, Juan C. s/ Recurso de inconstitucionalidad" reg. 635/05 del 10/8/2005 y causa 6.095 "Vieira Santos, Ruy s/ Recurso de inconstitucionalidad" reg. 869/05 del 17/10/2005) en los que con cita de la causa "Chukura O'Kasili, Nicholas s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad Ver Texto " reg. 7452, del 28/2/2005 de la sala 1ª, se afirmó que el

art. 64, inc. a de la ley citada, no conculca ni el derecho de igualdad ante la ley ni el principio de división de poderes. Y que *"debe también tenerse presente que por mandato constitucional, nuestra ley fundamental establece entre las facultades del Congreso Nacional la de dictar el CPen. (art. 75 inc. 12 Ver Texto), la de determinar la política inmigratoria (art. 25 Ver Texto) y la de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los otros poderes por ella conformados (art. 75, inc. 32 Ver Texto), y resulta por tanto el encargado de compatibilizar la política criminal (especialmente los límites del ius puniendi del Estado) con la política migratoria."* Esto afirman, *"Se trata de una potestad exclusiva y privativa del poder legislativo que se encuentra exenta -en principio- del control judicial de constitucionalidad, el cual sólo puede ser ejercido en el caso concreto y ante una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma legal y los preceptos de la Carta Magna"*.

Creo adecuado resaltar que en el caso del Sr. XXXXXXXX el Juzgado Nacional de Ejecución Penal se ha arrogado facultades que no le son propias, al querer modificar la aplicación de una normativa con base a un criterio personal. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha señalado que *"el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (conf. CSJN Fallos: 209:342). Y además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Corte Sup. Fallos: 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 las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige. (conf. causa 1.779 "González Notario Adolfo s/ Recurso de inconstitucionalidad" reg.*





*Procuración Penitenciaria  
de la Nación*

*524/98 del 2/12/1998).*”

Igual criterio ha aplicado la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en las causas Nro. 5509 del Registro de la Sala IV, caratulada, VIVIERS, Robin s/recurso de inconstitucionalidad, Reg. Nro. 6629, rta. el 26/9/2005 y Nro. 5521, caratulada: DE LANGE, Nickolaas Phillips s/recurso de casación de fecha 19/10/2005 donde establecieron *“que los argumentos en 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 en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, enunciados en su art. 75, 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 idem.”*

En forma similar ha interpretado este tema el **Tribunal Superior de Justicia de Neuquen** en la causa AR., J. A. ó M. A., J. C. S/ SALIDAS LEY 24.660 de fecha 29 de abril de 2009 Fallo Nº 23/09, secretaria penal expediente 134/08, al hacer lugar al Recurso de Casación deducido por el señor Defensor de Cámara, Dr. Miguel Ángel Valero, a favor del condenado J. A. A. R. o J. C. M. A. y casar la Resolución Interlocutoria nº 24/08, dictada por la Cámara en lo Criminal Primera, que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 64 inc. a) de la ley nacional nº 25.871, y denegado la expulsión del país del nombrado. En el punto III el STJ dispuso que el tribunal a-quo ajuste el procedimiento a dicha normativa. También el **Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Río Negro**, en la causa SANTANA CORONADO, Sandro Marcelo s/Incidente de ejecución de pena s/Casación Expte. Nº 24252/10 STJ, sentencia 282 del 7 de diciembre del 2010, estableció también la constitucionalidad de la normativa atacada. En esa oportunidad resolvió Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la señora Defensora Oficial, revocar el Auto Interlocutorio Nº 314/09 de la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca y declarar la constitucionalidad del art. 64 inc. a de la Ley 25871.

Ante las consideraciones expuestas, nuestra opinión como “amigo del tribunal” es que la detención XXXXXXXX XXXXXXXX no reconoce una causa fin aceptable y que, en virtud de ello, debiera cesar por medio de una decisión judicial que declare su expulsión del territorio nacional, especialmente si se tiene en cuenta los efectos negativos de ese encierro inútil sobre sus derechos y a su salud y el tiempo transcurrido desde el cumplimiento del requisito temporal, 23 de marzo, hasta la fecha.

En consecuencia, considero que se debe ordenar la expulsión del territorio Nacional de la Sr. XXXXXXXX con destino a su país de origen.

#### **IV. PETITORIO**

- I. Se tenga presente esta opinión como “amigo del tribunal” para ser considerada oportunamente en el ejercicio de la función jurisdiccional que es propia de VV.EE.
- II. Oportunamente, se notifique lo resuelto a esta Procuración Penitenciaria de la Nación.

**SERÁ JUSTICIA**