

Reg. n° 1164/2017

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Horacio L. Días y Eugenio C. Sarraabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 15/20 por la representante del Ministerio Público Fiscal en el presente legajo n° 39974/2010/5/CNC1, caratulado “**GARCÍA AYALA, Luis Carlos s/recurso de casación**”, del que **RESULTA:**

I. El 12 de julio de 2017 el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 resolvió, en lo que aquí interesa: “**I.- TENER POR ACREDITADO** el cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 64 de la ley 25.871 y en consecuencia **AUTORIZAR UN NUEVO EXTRAÑAMIENTO** de **LUIS CARLOS GARCÍA AYALA** (...) con destino a su país de origen (...) respecto de la pena única de siete años de prisión (...), cuyo vencimiento operará el 22 de abril de 2019” (cfr. fs. 10/14).

II. Contra dicha decisión, la fiscal Guillermina García Padín interpuso recurso de casación (cfr. fs. 15/20), que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 23) y mantenido en esta instancia (cfr. fs. 32).

Encauzó sus agravios por vía del inciso 1° del art. 456, CPPN. Sostuvo que lo resuelto se apartó de las previsiones legales y que se interpretó erróneamente el art. 64 inc. a), Ley de Migraciones (en adelante, “LNM”), al aplicar su previsión de modo automático y sin analizar las circunstancias del caso, el cual –estimó– no se ajusta estrictamente a la letra de dicha norma.

Recordó que luego de que se condenara a García Ayala, el 3 de octubre de 2012 la Dirección Nacional de Migraciones ordenó expulsarlo del territorio nacional y le prohibió reingresar por el término de quince años. Repasó la impugnante que una vez firme y consentida esa disposición administrativa, el juez de ejecución autorizó el extrañamiento.

Señaló la recurrente que, al haber sido hallado García Ayala nuevamente en el territorio nacional el 5 de abril de 2016, el quebrantamiento de la restricción fijada por la autoridad migratoria apartaba a este supuesto fáctico de los expresamente regulados en el art. 64, LNM.

Al respecto, se quejó del fundamento del *a quo* relativo a que el art. 64, LNM “...es una norma de carácter imperativo, en tanto responde a los intereses nacionales en el marco de una política de Estado referida a la situación de extranjeros en conflicto con la ley penal...”, pues tal afirmación no alcanzaría –según la parte– para explicar los motivos por los que no sería aplicable la Ley de Ejecución Penal una vez constatado el reingreso. En este sentido, advirtió que ambas leyes poseen la misma jerarquía y, en consecuencia, tienen el mismo “carácter imperativo”.

Apuntó también que la preponderancia otorgada a la LNM importó un retroceso de la función jurisdiccional frente al legislador y una renuncia a la posibilidad de evaluar las particularidades del caso, extremos que no se compadecen con el sistema de gobierno republicano.

Hizo hincapié en el principio según el cual la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y que las leyes deben interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que las ponga en pugna. Consideró que la interpretación más armónica de la Ley n° 24.660 y la LNM conllevaría a que el incumplimiento de la prohibición retrotraiga la situación a la privación de la libertad previa a la autorización del extrañamiento, lo cual determinaría la reanudación de la ejecución de la pena que García Ayala venía soportando a fin de evitar el absurdo de que se dispongan tantas expulsiones como prohibiciones de entrar al país se infrinjan.

Desde su punto de vista, el extrañamiento no constituiría un derecho del condenado, sino un acto procesal enmarcado en un específico contexto legal e institucional en el que el *ius puniendi*, en esa singular oportunidad, cede ante razones de políticas públicas más amplias y de derecho internacional. No obstante ello, ante el regreso,

cesaría la preeminencia de la política migratoria por sobre el legítimo interés punitivo.

Finalmente, puso de relieve que la resolución adoptada tornó inaplicable la Ley de Ejecución Penal y que si una persona ha sido sancionada –palabra que enfatizó– con la expulsión, difícilmente podría admitirse que retorne cuantas veces quiera e iniciar así indefinidos procesos de extrañamiento.

III. Arribado el legajo a esta sede y mantenido el recurso (cfr. fs. 32), se le imprimió el trámite previsto en el art. 465, CPPN (cfr. fs.36).

Convocadas las partes a la audiencia prevista en los arts. 465 y 468, CPPN (cfr. fs. 41), concurrieron el Dr. Diego García Yomha, a cargo de la Unidad Fiscal de Ejecución de Penal, y el Dr. Darío Norlis Rodríguez Busso, defensor particular de García Ayala (cfr. fs. 46), quienes argumentaron sus posiciones.

El representante del Ministerio Público reeditó los fundamentos de su recurso. Por su parte, la defensa expuso que no estaba acreditado un reingreso ilegal por parte de su asistido, cuya inocencia debía presumirse. Aseveró que el art. 29 inc. c), LNM, a partir de la emisión del Dto. 70/17 del Poder Ejecutivo, impone la expulsión e hizo un enfoque pragmático sobre las desventajas que implica para el Estado que García Ayala permanezca en un complejo penitenciario.

IV. Superada la etapa regulada por el art. 468, CPPN, se efectuó la deliberación prevista en el art. 469, CPPN y el tribunal arribó al siguiente acuerdo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1. El 9 de febrero de 2012, García Ayala fue condenado a la pena de siete años de prisión por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 (cfr. fs. 3/4).

A raíz de ello, el 3 de octubre de 2012 la Dirección Nacional de Migraciones dictó la disposición SDX n° 230078, mediante la cual declaró irregular su permanencia en el país, ordenó su expulsión del

territorio nacional y le prohibió reingresar por el término de quince años, en los términos del art. 63 inc. b), LNM (cfr. fs. 136/139 y 158/160 del legajo principal, en adelante “ppal.”). El recurso de reconsideración articulado contra esa resolución fue rechazado el 21 de mayo de 2014 por disposición SDX n° 084532 (cfr. fs. 136/140).

El 23 de agosto de 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 12 lo condenó a seis meses de prisión y a la pena única de siete años, comprensiva de ella y de la impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 (cfr. fs. 86/88, ppal.), circunstancia que no alteró lo resuelto por la oficina de migraciones (cfr. fs. 167, ppal.).

El 4 de abril de 2014 el sentenciado solicitó ser expulsado (cfr. fs. 116, ppal.) y, con fecha 10 de septiembre de 2014 el juez de ejecución entonces interviniente hizo lugar al extrañamiento con destino a su país de origen y le prohibió el reingreso de manera permanente (cfr. fs. 168/169, ppal.), tras lo cual fue trasladado a Colombia el 29 de octubre de 2014 (cfr. fs. 199/200, ppal.).

El 5 de abril de 2016 García Ayala fue hallado en esta ciudad (cfr. fs. 209/210, ppal.) y se ordenó su alojamiento en una unidad penitenciaria (cfr. fs. 208). Posteriormente, se rechazó un pedido de extinción de la pena interpuesto por su defensa y se ordenó practicar un nuevo cómputo, que arrojó que aquella vencería el 22 de abril de 2019 (cfr. fs. 326/330).

Denegada también la libertad condicional del interno (cfr. fs. 362/370), su asistencia técnica solicitó nuevamente el extrañamiento, petición que motivó el auto recurrido.

2. El temperamento del *a quo* fundamentalmente se apoyó en que si bien “*el incumplimiento de la prohibición de reingreso y la comisión de un nuevo delito*” retrotrajo la situación de García Ayala a la privación de la libertad que actualmente sufre, no hay un impedimento normativo que neutralice o imposibilite la operatividad de un nuevo extrañamiento.

Aclaró que distinta podría ser la solución en casos de reiteración sistemática de las condiciones fijadas mas no cuando se trata de la

“*primaria inobservancia*” de la restricción. Además, valoró como positivas las manifestaciones, expresiones y compromisos asumidos por el requirente “*en el marco de la audiencia personal mantenida*”.

3. Tal como se sostuvo en el precedente “Gómez Frechero”¹: “*En aras a los elevados principios generales plasmados en el artículo 3° de la ley migratoria en vigor, el legislador resolvió conceder al individuo extranjero condenado por delitos conminados con pena privativa de libertad el beneficio de recuperarla por mero transcurso de un recaudo temporal, aventajando a individuos nacionales en análoga circunstancia, que deberán satisfacer otros requisitos, previstos en los incisos III a V del artículo 17 de la Ley n° 24.660 de ejecución de las penas privativas de libertad.*”

Pues bien; la ejecución de la expulsión, más allá de su ínsita veda de reingreso permanente o temporal, opera como lo que es: un acto material, un desplazamiento físico que sucede en un tiempo y lugar determinados.

La ejecución del extrañamiento, en cambio, no se identifica con ese suceso momentáneo: es un estado o proceso que culmina —o no— según las condiciones prefijadas y que se liga al cumplimiento de una condición resolutoria, a saber, el puntual acatamiento de aquella prohibición de reingreso, determinante de la extinción del vínculo entre el Estado y el individuo beneficiario.

De no respetarse tal condición, acreditado el reingreso del extranjero al territorio nacional, la ejecución del proceso de extrañamiento no se habrá consumado, y la situación habrá de retrotraerse al estado en que se hallaba al momento de la expulsión, con las consecuencias del caso en el plano de la ejecución penal.

Es que el privilegio otorgado por el legislador nacional se enlaza ineludiblemente con la prohibición de reingreso, implícita en la expulsión pero explícita en el texto de la norma; y dispensable —tan sólo— por resolución de la Dirección Nacional de Migraciones (art. 63, inciso b, de la Ley n° 25.871).

Quebrantada dicha veda, el proceso de ejecución del extrañamiento se trunca fatalmente, sin alcanzar la fase de consumación. Ejecutar proviene del latín, exsecutus, participio pasivo de exsēqui, y significa, precisamente, consumir, cumplir.

¹ Cfr. “Gómez Frechero, José Marcelo”, causa n° 12604/08, rta. el 11/08/16, reg. n° 611/16, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse.

Esa es la única hermenéutica compatible con la incolumidad del principio constitucional de igualdad, salvaguardado reiteradamente en la ley migratoria de referencia, como hubo de apuntarse en párrafos precedentes”.

Lo subrayado en la cita que antecede es justamente lo ocurrido en el caso que ahora nos convoca. Tras brindársele a García Ayala la posibilidad de agotar su pena en libertad en el exterior, transgredió la única condición que le había sido impuesta. Tal incumplimiento conduce, ineludiblemente, a reanudar la ejecución de la pena que estaba cumpliendo antes de su expulsión, regida por la Ley n° 24.660.

Es que permitir un nuevo extrañamiento implicaría conceder una garantía de impunidad. El extranjero, por su carácter de tal, pasaría a poseer una carta que lo habilitaría a evadir renovadamente la aplicación de la ley, con la única consecuencia –siguiendo el razonamiento empleado en la decisión impugnada– de atrasar el vencimiento de una pena que, materialmente, no surtiría otro efecto que volver a expulsar al sujeto cada vez que se lo encuentre dentro del país.

Admitir tal situación, en definitiva, no haría más que desnaturalizar la igualdad con la que se le exige a foráneos y locales el acatamiento de las leyes, pues los primeros estarían salvaguardados por un mecanismo que, a partir del primer extrañamiento, aseguraría su libertad durante el tiempo que dure su condena a pesar del incumplimiento de las restricciones que se fijen.

Posiblemente por eso el *a quo* hizo la salvedad referida a que podría variar su criterio de repetirse sistemáticamente la violación a la prohibición. Sin embargo, esa especie de advertencia luce incongruente con la lógica del fallo recurrido, en el que se apuntó que no hay norma que expresamente impida autorizar por segunda vez el instituto. Ocurre, pues, que tampoco la hay que prevea –*expresamente*– cuál debe ser la respuesta estatal frente a una reiteración de la infracción.

No hay motivos, entonces, para adoptar la postura permisiva que de alguna manera el *a quo* presentó como excepcional por ser ésta la

“primaria inobservancia” al mandato de no penetrar en el territorio nacional.

Por lo demás, el juez adunó que tenía en consideración *“las manifestaciones, expresiones y compromisos asumidos por el propio sentenciado en el marco de la audiencia personal mantenida con el suscripto”*, pero no explicó qué fue lo que el peticionante le expresó en dicha oportunidad y, por ende, se desconoce sobre qué base efectuó su apreciación. Tampoco surge de las constancias del expediente un acta del encuentro aludido ni que se haya ordenado el traslado del interno al juzgado desde que presentó su solicitud (cfr. fs. 374 bis en adelante). De esta manera, el argumento se muestra carente de sustento.

4. Resta decir que si bien se observa lo argüido en la audiencia del art. 465 en torno al Decreto 70/17 del Poder Ejecutivo, que modificó el art. 29 inc. c), LNM, la defensa se limitó a aducir la existencia del decreto sin dar una mínima fundamentación acerca de por qué el supuesto que mencionó sería aplicable a su asistido, lo que exime de efectuar mayores consideraciones al respecto.

5. Por lo expuesto, considero que en el pronunciamiento impugnado se ha interpretado erróneamente la ley sustantiva. De allí que corresponda HACER LUGAR al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal obrante en copia a fs. 15/20 de este legajo, CASAR el punto I de la resolución obrante en copia a fs. 10/14 de este legajo (fs. 387/391, ppal.) y REVOCAR el extrañamiento allí autorizado, sin costas (arts. 64 inc. “a”, Ley n° 25.871; 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Días dijo:

Adhiero, en lo sustancial, al voto del colega preopinante y me remito, en lo pertinente, a lo que sostuve en el precedente “Márquez Martín”².

El juez Sarrabayrouse dijo:

² Cfr. “Márquez Martín, Rony Alejandro”, causa n° 24.873/10, rta. el 10/09/15, reg. n° 443/15; jueces Mahiques, Niño y Días.

En los términos expresados por los jueces Mahiques, Niño y Días en el precedente **“Márquez Martín”**³, se adhiere al análisis y la solución propuesta en el voto del juez Morin.

En definitiva, se trata de interpretar sistemáticamente las reglas implicadas: ley 25.871, en particular el art. 63, b; su decreto reglamentario; y la ley 24.660.

En consecuencia, esta **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal obrante en copia a fs. 15/20 de este legajo, **CASAR** el punto I de la resolución obrante en copia a fs. 10/14 de este legajo (fs. 387/391, ppal.) y **REVOCAR** el extrañamiento allí autorizado, sin costas (arts. 64 inc. “a”, Ley n° 25.871; 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex-100 y remítase al Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

DANIEL MORIN

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

PAULA GORSO
Secretaría de Cámara

³ Sentencia del 10.9.15, Sala II, registro n° 443/15.