

Reg. n° 1366 /2017

En la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de diciembre de 2017, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis M. García, María Laura Garrigós de Rébori y Gustavo A. Bruzzone, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 22/28 y 43/60 en esta causa n° 24.807/2015/3/CNC1, caratulada “**Giménez Güell, Carlos Daniel s/extrañamiento**”, de la que **RESULTA:**

I. La representante del Ministerio Público Fiscal ha interpuesto recurso de casación (fs. 452/458) contra la decisión del juez a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 de esta ciudad, por la que resolvió: “**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 a Carlos Daniel Giménez Güell [...] con destino a su país de origen [SIC], en la presente causa nro. 152.794/144.847 y respecto de la pena única de diecinueve años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento [...] impuesta en la causa nro. 4677 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 21, cuyo vencimiento operará el 14 de abril de 2025. **II.-** Requerir a la autoridad migratoria que ejecute su expulsión del territorio nacional a partir del día de la fecha, por haber holgadamente satisfecho el requisito temporal previsto en el artículo 64 de la Ley 25.871 y con la prohibición de reingresar al país de manera permanente. **III.-** Diferir la declaración de extinción de la sanción penal aplicada, hasta que opere el vencimiento de la condena citada, el cual se verificará el 14 de abril de 2025, caducando a los efectos registrales el 14 de abril de 2035 (art. 51 del Código Penal) [...]” (fs. 410/414).

Con cita del art. 456, inc. 1, CPPN, se queja el Ministerio Público Fiscal de que el juez ha incurrido en errónea aplicación del art. 64, inc. a, de la Ley de Migraciones n° 25.871. Pretende en definitiva que

se revoque el punto dispositivo II de la decisión recurrida, que ordena ejecutar el extrañamiento del condenado.

El recurso de casación ha sido concedido (fs. 460 vta./461) y oportunamente mantenido (fs. 36 del legajo de casación).

II. La Sala de Turno de esta Cámara resolvió dar al recurso de la fiscalía el trámite regulado por el art. 465 CPPN.

A la audiencia celebrada el 16 de marzo de 2017 en los términos de los arts. 465 y 468 CPPN se presentaron, representando al Ministerio Público Fiscal, la Dra. María Luisa Piqué, en virtud de la Resolución MPF 1999/2016 del 11 de julio de 2016; y por la defensa del condenado, el Defensor Público Coadyuvante Rubén Alderete Lobo.

En definitiva la representante del Ministerio Público ha pedido a esta Sala que deje sin efecto la resolución recurrida mientras que la defensa del condenado ha instado que se declare inadmisibile el recurso por defecto de fundamentación del motivo sustantivo de casación alegado.

Después de deliberar el tribunal ha llegado a un acuerdo, del modo que a continuación se expone.

El juez **García** dijo:

1. Para una mejor comprensión del caso y de las pretensiones de la fiscalía y de la defensa se hace necesario examinar ciertas vicisitudes de la ejecución de la pena impuesta a Carlos Daniel Giménez Güell y las incidencias planteadas que son antecedentes de la actual.

a. Carlos Daniel Giménez Güell, nacional de la República Oriental del Uruguay, y entonces con residencia regular en la República Argentina, había sido condenado el 13 de mayo de 2014 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 de esta ciudad a la pena doce años de prisión y accesorias legales como autor de los delitos de robo agravado por el uso de armas, en grado de tentativa, homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, y portación ilegítima de arma de guerra, todos en concurso real; y a la pena única de diecisiete años de prisión que comprendía ésta, más una pena de cinco años de prisión, más accesorias legales, que le había impuesto el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 del Departamento

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24807/2015/3/CNCI

Judicial de Morón, provincia de Buenos Aires, y otra de tres años y seis meses de prisión que le había impuesto el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de La Matanza, provincia de Buenos Aires (confr. copia de la sentencia de fs. 1/28 del legajo inicial de ejecución).

Según el cómputo aprobado, agotaría esa pena el día 20 de noviembre de 2024 (fs. 29 del legajo inicial de ejecución).

La ejecución de la pena quedó bajo el control del juez a cargo del Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de esta ciudad.

Por presentación de 2 de julio de 2014, el abogado que entonces asistía a Carlos Daniel Giménez Güell pidió al juez de ejecución que, previa sustanciación, se ordenara el extrañamiento del condenado en los términos de los arts. 62, 63 y 64 de la ley 25.871 (fs. 33); ante lo cual el juez de ejecución dispuso librar oficio a la Dirección Nacional de Migraciones –Área Extranjeros Judicializados- para que informase si se había dispuesto la expulsión de Carlos Daniel Giménez Güell (fs. 42). Antes de que se hubiese evacuado el informe, el condenado interpuso acción de habeas corpus, alegando mora de la Dirección Nacional de Migraciones en decretar su expulsión, lo que le causaba perjuicio ya que al efectivizarse el extrañamiento a su país de origen, la pena quedaría compurgada y recuperaría su derecho a la libertad ambulatoria. En ese procedimiento la Dirección Nacional de Migraciones informó que Carlos Daniel Giménez Güell gozaba de radicación permanente en el territorio nacional otorgada el 5 de junio de 1991, y que no existía antecedente de que el peticionario hubiese presentado renuncia a la radicación permanente otorgada, por lo que no había variado su status migratorio (fs. 78). La acción fue rechazada por el juez de instrucción interviniente (fs. 58/60); y ese rechazo fue homologado por la Cámara de Apelaciones (copia de fs. 85). El 23 de septiembre de ese año, el condenado interpuso una nueva acción de habeas corpus, en la que pretendía “se ordene a la Dirección Nacional de Migraciones que decrete su expulsión en el plazo perentorio de 72 horas” (copia de fs. 72/73). Esta segunda acción también fue rechazada

(copia de fs. 88/89) y el rechazo homologado por la Cámara de Apelaciones (fs. 91).

Por oficio de 30 de septiembre de 2014, el Departamento de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones, informó que no existía constancia que permitiese dar de baja o tener por renunciado a Carlos Daniel Giménez Güell a la radicación permanente, y requirió al juez de ejecución la remisión de copia certificada de la condena impuesta al nombrado a fin de proceder como correspondiese (fs. 99).

b. El 10 de octubre de 2014 el condenado se presentó por escrito ante el juez de ejecución, en los siguientes términos: “[...] vengo por la presente a solicitar que se arbitren los medios necesarios para que se proceda ante quien corresponda, la renuncia de mi radicación y por lo tanto al D.N.I. argentino” [SIC]. Expuso en la ocasión que “esto es, atento a la resolución recibida con fecha 1 de octubre del corriente, que se me notifica que por el momento no se podrá continuar con el incidente de expulsión en razón de mi radicación que consta del año 1991” (fs. 100). Una copia de esa presentación fue remitida por el juez de ejecución a la Dirección Nacional de Migraciones (fs. 104). Por ulterior presentación de 14 de noviembre de 2014, la Defensoría Pública que había reemplazado al defensor de confianza, puso en conocimiento del juez de ejecución, que el condenado había manifestado su voluntad de tramitar la expulsión del país, renunciando a la residencia definitiva y que para ello se requería la remisión a la Dirección Nacional de Migraciones, de copias de la sentencia firme. El 18 de noviembre de 2014, el condenado instó pronto despacho al juez de ejecución, y planteó nueva acción de habeas corpus. El juez declaró improcedente el pronto despacho, señalando que “teniendo en consideración que la incidencia relacionada con la posible exclusión del país no se encuentra en condiciones de ser resuelta aun, y hasta tanto la Dirección Nacional de Migraciones se expida respecto de la renuncia a la radicación permanente del país presentada por el interesado –toda vez que registra radicación permanente en el país desde el cinco de junio de 1991- y decrete irregular su permanencia disponiendo su expulsión, considero que el planteo

efectuado conforme la disposición del art. 127 del CPPN deviene improcedente”. Por otra parte, declaró innecesario remitir copia de la acción de habeas corpus al juez competente, señalando que dos acciones análogas ya habían sido rechazadas (fs. 112).

Por decisión administrativa de 5 de enero de 2015, el Director Nacional de Migraciones resolvió “ARTÍCULO 1º.- Téngase por aceptada la renuncia a la residencia permanente formulada por el extranjero CARLOS DANIEL GIMÉNEZ GÜELL de nacionalidad URUGUAYA [...]. ARTÍCULO 2º.- Declárase irregular la permanencia en el país del extranjero citado precedentemente. ARTÍCULO 3º.- Ordénase su expulsión del territorio nacional, medidas que se hará efectiva una vez cumplida la pena, cesado el interés judicial de su permanencia, o cuando estén dadas las condiciones previstas en el art. 64 de la Ley N° 25.871. ARTÍCULO 4º.- Prohíbese su reingreso al país con carácter PERMANENTE conforme lo previsto por el artículo 63. inciso “b” de la Ley N° 25.871” (copia de fs. 115/118). Por nota de 13 de enero de 2015, la Dirección Nacional de Migraciones hizo saber que la resolución anterior había sido consentida y se encontraba firme, y requirió se informara la fecha a partir de la cual podría hacerse efectiva la expulsión en los términos del art. 34 de la ley 25.871 (fs. 128 y 147).

Ante ello la representante del Ministerio Público dictaminó que, encontrándose firme la disposición de expulsión y reunidos los requisitos del art. 64 inc. a de la ley 25.871, en conexión con los acápites I y II del art. 17 de la ley 24.660, correspondía que el juez autorizase su extrañamiento (fs. 149). Por auto de 4 de febrero de 2015, el juez de ejecución resolvió: “I.- TENER POR ACREDITADO, el cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 64 de la ley 25.871 y en consecuencia AUTORIZAR EL EXTRAÑAMIENTO de CARLOS DANIEL GIMÉNEZ GÜELL [...] con destino a su país de origen [...]. II.- REQUERIR a la autoridad migratoria que ejecute su expulsión del territorio nacional a partir del día de la fecha, por haber holgadamente satisfecho el requisito temporal previsto en el art. 64 de la ley 25.871 y con la prohibición de reingresar al país de manera permanente” (fs. 150/152).

Puesto que todavía no se había efectivizado la ejecución de la expulsión, el 18 de febrero de 2015 Carlos Daniel Giménez Güell interpuso nueva acción de habeas corpus (fs. 172) que fue rechazada por el juez de instrucción interviniente (fs. 173/176). Por nota de 27 de febrero de 2015 la Dirección Nacional de Migraciones informó al juez de ejecución que la expulsión se haría efectiva el 4 de marzo de 2015 poniendo al condenado en un buque de línea con destino a la ciudad de Montevideo (fs. 184 y 189). La salida del condenado en esa fecha por buque de línea fue confirmada por la Dirección Nacional de Migraciones (fs. 191), por lo que el juez archivó el legajo de ejecución (fs. 192).

c. Carlos Daniel Giménez Güell reingresó al territorio de la República Argentina, en violación a la prohibición permanente de reingreso, y fue detenido el día 29 de abril de 2015 por la imputación de un nuevo delito cometido después del reingreso (cfr. oficio de fs. 197); y así fue objeto de una nueva acusación penal. Fue enjuiciado ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 de esta ciudad, y condenado a la pena de tres años y once meses de prisión como autor de robo agravado por el uso de armas de fuego, en grado de tentativa, en concurso ideal con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, y con encubrimiento agravado por el ánimo de lucro. El tribunal le impuso también la pena única de diecinueve años y seis meses de prisión que comprendía la pena anterior que se tuvo por no extinguida por haber violado la prohibición de reingreso (confr. copia certificada que se encuentra agregada a fs. 209/222).

Según el nuevo cómputo practicado, esa pena la agotará el 14 de abril de 2025 (fs. 225/225vta.).

La ejecución de la nueva pena única quedó a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 (fs. 226).

d. Carlos Daniel Giménez Güell realizó nuevas instancias para promover su extrañamiento del territorio nacional.

En ocasión de una visita de cárceles, mientras estaba entonces alojado en la Unidad n° 6 del Servicio Penitenciario Federal en la ciudad de Rawson, hizo saber que en septiembre de 2015 habría remitido un escrito en el que pedía se diese inicio al trámite que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24807/2015/3/CNCI

corresponda para su expulsión del país y que, en caso de no haber sido recibido, solicitaba se comience con ese trámite por entender que reunía las condiciones para ello (acta de fs. 303/303vta.). Paralelamente, la Procuración Penitenciaria de la Nación hizo llegar al juez de ejecución una nota manuscrita fechada el 29 de enero de 2016 en la que el condenado revocaba la designación de su defensor de elección y pedía la provisión de un defensor público para “poder contar con una defensa técnica ya que estoy solicitando la expulsión desde el mes de septiembre del año 2015” (fs. 307/308). El juez de ejecución le proveyó un Defensor Público (fs. 309) que tomó intervención (fs. 309vta.) e instó al juez que se requiriese informes sobre si se había declarado irregular la permanencia en el país de su asistido (fs. 313/314); el juez proveyó de conformidad requiriendo informes sobre la situación migratoria actual del sentenciado y, “en su caso, se inicien los trámites relacionados con la posible aplicación de la ley 25.871” (fs. 322).

Por nueva presentación de 3 de junio de 2016, la defensa pública hizo saber que había tomado conocimiento de que el 18 de mayo de ese año la Dirección Nacional de Migraciones había dictado resolución administrativa de expulsión de Carlos Daniel Giménez Güell, por lo que instó se requiriera una copia para su agregación al legajo. La copia de la decisión que en verdad es de fecha 12 de mayo se agregó al legajo de ejecución (fs. 356vta./357) y en ella se dispuso: “ARTÍCULO 1º.- Declárase irregular la permanencia en el país del extranjero CARLOS DANIEL GIMÉNEZ GÜELL de nacionalidad URUGUAYA, nacido el 08-12-1972. ARTÍCULO 2º.- Ordénase su expulsión del territorio nacional. ARTÍCULO 3º.- Prohíbese su reingreso al país con carácter PERMANENTE, conforme lo previsto por el artículo 63 inciso b (de la Ley N° 25.871). [...] ARTÍCULO 5º.- Firme o consentida la presente [...] y al único efecto de hacer efectiva la expulsión decretada, gírense los actuados al DEPARTAMENTO DE ASESORAMIENTO OPERATIVO PERMANENTE de la DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA- JURÍDICA a los efectos de solicitar a la autoridad judicial competente la retención del extranjero en los términos del artículo 70 de la Ley N° 25.871”. Según informó la

Dirección Nacional de Migraciones esa resolución estaba consentida y firme (fs. 356/357).

En ocasión de una nueva visita de cárcel en la Unidad n° 6 de Rawson el condenado pidió al juez federal que comunicase al juez de ejecución su pedido para que “ordene mi expulsión del país ya que la Dirección Nacional de Migraciones ya ha dictado el extrañamiento” (fs. 359).

e. La fiscal, Guillermina García Padín, se opuso a la autorización de un nuevo extrañamiento al condenado en su dictamen de fecha 5 de julio de 2016 (fs. 372/374).

Postuló que el hecho de que éste hubiese regresado al país en flagrante incumplimiento de la prohibición de reingreso, retrotrajo la situación a la privación de libertad previa al extrañamiento.

Entendió que, a falta de previsión legal del supuesto en examen, debía resolverse el caso concreto atendiendo a que la posibilidad de autorizar nuevamente el extrañamiento implicaba una “clara burla a la letra de la ley” en tanto existió una sustracción al efectivo cumplimiento de la pena privativa de la libertad que le había sido impuesta. Argumentó que, de hacerse lugar a la pretensión de la defensa, “se llegaría al absurdo de que se dispongan tantas expulsiones como violaciones a la prohibición de regreso que cometiera el expulsado”.

Puso de relieve que “el extrañamiento no constituye un derecho del condenado a ser dispuesto por la autoridad judicial, sino que importa 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, como son las que atañen a la política migratoria nacional”.

Argumentó “una vez que ha sido materializado ese interés de orden administrativo, como lo es la expulsión de la persona extranjera en los términos del art. 64 de la ley 25871 y se impone la prohibición de reingreso al país, y no obstante ello, el extranjero vuelve a ingresar al territorio nacional, desoyendo tal veda, a partir de allí cesa la preeminencia de la política migratoria por sobre el legítimo interés

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24807/2015/3/CNCI

punitivo reservado a las agencias penales del Poder Judicial retomando éste la plena autonomía del control en torno al cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta”.

Por esas razones solicitó se comunique a la Dirección Nacional de Migraciones que, ante el interés judicial en la permanencia en el país de Carlos Daniel Giménez Güell hasta tanto opere el vencimiento de la pena impuesta, procediese de acuerdo a las disposiciones del art. 69 de la ley 25.871.

La defensa contestó la posición de la fiscalía afirmando que estaban reunidas todas las condiciones del art. 64 de la ley 25.871, y que el legislador al sancionar la ley no estableció ninguna excepción a que se efectúe un segundo “pedido” de extrañamiento. Invocó el principio de reserva legal del art. 19 CN, y en definitiva pidió que se autorice nuevamente la expulsión de su asistido (fs. 399/401).

f. Por resolución de 15 de julio de 2016 el juez de ejecución decidió autorizar un nuevo extrañamiento de Carlos Daniel Giménez Güell, “requerir a la autoridad migratoria que ejecute su expulsión del territorio nacional a partir del día de esa decisión por haber holgadamente satisfecho el requisito temporal previsto en el art. 64 de la ley 25.871 y con la prohibición de reingresar al país de manera permanente” y diferir la declaración de extinción de la pena por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 “hasta tanto opere el vencimiento de la condena dictada” (fs. 410/414).

El juez dio acogida a la pretensión de la defensa dada la inexistencia de impedimento normativo alguno que imposibilite la concesión de una nueva autorización de extrañamiento, el que procedía en una segunda oportunidad una vez verificados los requisitos del art. 64 inc. a de la ley 25.871, que remite al art. 17 acápites I y II de la ley 24.660, disposiciones que entendió operan de puro derecho.

Afirmó que “se trata de la aplicación de 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; por ende, esta judicatura se encuentra, en principio, obligada a aplicarla. Ello sobre la base de que no es el

suscripto, ni este órgano jurisdiccional, quien expulsa al causante sino que dicha decisión ha sido tomada por la autoridad política competente, correspondiendo a esta instancia, únicamente, el autorizar o no, en su caso, la ejecución de esa decisión en tanto se encuentre verifique [SIC] la ocurrencia de las exigencias preestablecidas por la ley”.

Argumentó que “si bien es cierto que, en el caso concreto, el incumplimiento de la prohibición de reingreso y la comisión de un nuevo delito, retrotrajo la situación de Giménez Güell a la privación de la libertad que actualmente sufre, no lo es menos el hecho de que no hay normativa alguna que prohíba la posibilidad de un segundo extrañamiento en situaciones como la aquí analizada”.

Según interpretó, “la ley de marras 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. Por lo tanto, hasta tanto se subsane el vacío legal que se advierte en la ley migratoria en torno a situaciones de incumplimiento de la prohibición de reingreso al país o se proceda a una reforma de la legislativa que prevea consecuencias concretas de tal incumplimiento o se limite de manera expresa la posibilidad de una nueva expulsión, el extrañamiento puede proceder en una segunda oportunidad una vez verificados los requisitos previstos por la norma, que operan de puro derecho y la resolución en torno a un segundo extrañamiento deberá tener acogida favorable”.

Resaltó además que se trataba de la primera inobservancia de la prohibición de reingreso por parte del condenado y expresó que atendía a sus particulares manifestaciones en el marco de la audiencia personal sostenida con aquél, de cuyo contenido no hay constancia en el legajo. Y finalmente dejó a salvo que la solución acordada podía variar en casos de reiteración sistemática en el incumplimiento de las condiciones fijadas por la autorización de extrañamiento.

Asimismo determinó que la extinción de la pena operaría con el cumplimiento del tiempo de permanencia del condenado en el exterior fijado por el tribunal competente. Así, en vistas de que se le había impuesto una prohibición de reingreso permanente, entendió

correspondía diferir la declaración de extinción de la pena única hasta tanto opere el vencimiento de esa condena, el 14 de abril de 2025.

g. Con posterioridad a la interposición y concesión del recurso de casación de la fiscalía, y a raíz de la consulta dirigida por la Dirección Nacional de Migraciones requiriendo copia certificada del auto que autorizaba el extrañamiento, el juez de ejecución remitió testimonios a esa Dirección haciendo saber que la decisión no se encontraba firme en virtud del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y que “respecto a la operatividad de la expulsión del país en la fecha se dará intervención a las partes a los efectos de que se expidan al respecto” (fs. 467).

La representante del Ministerio Público Fiscal se presentó instando que, interpuesto recurso de casación, la ejecución de la expulsión del condenado se sujetase al agotamiento de la vía judicial (fs. 468).

Después de dar audiencia a la defensa, por auto de 28 de septiembre de 2016, el juez de ejecución decidió, con cita del art. 491, párrafo segundo, CPPN, suspender la ejecución de los puntos dispositivos I y II de la resolución que viene recurrida, hasta tanto ella adquiriese firmeza y pasase en autoridad de cosa juzgada (fs. 498/508).

Esta decisión fue objeto de impugnación por la defensa, por recurso de casación, que no ha alcanzado estado para su decisión.

2. a. En el recurso de casación interpuesto por la fiscalía se alega que el *a quo* ha incurrido en errónea interpretación del art. 64 de la ley 25.871, agravio que encuadra bajo el primer motivo de casación previsto en el art. 456 CPPN (fs. 452/458).

La recurrente sostiene que el juez de ejecución se ha limitado a aplicar de manera automática el art. 64, inc. a, de la ley 25.871, sin atender a las circunstancias particulares del caso. Alega que esa postura torna inaplicables los términos de la ley 24.660.

En primer lugar enumera los requisitos exigidos para la concesión de la autorización del extrañamiento: a) el dictado de un acto administrativo de expulsión firme y consentido por parte de la Dirección Nacional de Migraciones; b) que el condenado haya cumplido la mitad

del tiempo de la condena en función del art. 17, inc. I de la ley 24.660; y c) que no registre causa abierta en la que interese su detención u otra condena pendiente, en virtud de lo dispuesto por el inc. II del artículo citado.

Postula que “la solución del caso sólo puede alcanzarse a través de una interpretación sistemática de la Ley 25.871 y de la Ley 24.660 y, en ese sentido, la circunstancia fáctica de que Giménez Güell haya regresado a la Argentina en flagrante incumplimiento de la prohibición de regreso, retrotrajo la situación a la privación de la libertad previamente a autorizarse su extrañamiento, extremo que determinó la reanudación de la ejecución de la pena que venía cumpliendo en el país”.

Agrega que “el extrañamiento no constituye un *derecho* del condenado a ser dispuesto por la autoridad judicial, sino que importa 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. En esta dirección, la materia reglada por el art. 64 inc. a de la Ley 25.871 no es otra cosa que la atinente a la política migratoria nacional. De ello se sigue que el extrañamiento constituye la reglamentación del derecho federal contenido en el art. 25 de la Constitución Nacional”.

Sobre esa base entiende que “cesa la preeminencia de la política migratoria por sobre el legítimo interés punitivo reservado a las agencias penales del Poder Judicial retomando éste la plena autonomía del control en torno al cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta”.

Finalmente, aduce que de estarse a la solución expuesta por el juez de ejecución, se caería en el absurdo de conceder tantas autorizaciones de extrañamiento como violaciones a la prohibición de reingreso cometa el condenado, convirtiéndose el juez de la causa en un “mero órgano autorizante” de las medidas adoptadas por la autoridad migratoria “que carece absolutamente de facultades para decidir sobre las personas sujetas a su jurisdicción”.

b. En la audiencia realizada a tenor de los arts. 465 y 468 CPPN, la representante del Ministerio Público sostuvo en lo sustancial los mismos agravios, argumentos y pretensiones del recurso de casación.

Alegó que el incumplimiento de la prohibición de reingreso por parte del condenado hizo que se retrotrajera su situación al momento previo al extrañamiento, así como hizo resurgir el interés del Estado en que se cumpla la pena. Postuló que el extrañamiento es una forma de compatibilizar políticas públicas migratorias con el *ius puniendi*, y que esta compatibilización no se hace del mismo modo en todos los casos. Explicó que si la ejecución de la política migratoria no surtió efectos o fue incumplida, el Estado recupera el *ius puniendi*, y que éste es el rol de los jueces.

Sostuvo que, en caso contrario, se vería desnaturalizada la prohibición de reingreso puesto que se concederían tantos extrañamientos como incumplimientos existiesen. Por ende postuló que el juez de ejecución llevó a cabo una interpretación irrazonable de la ley, en tanto no supo compatibilizar la ley 25.871 con la ley 26.660. Agregó que la interpretación del juez tiene por resultado que cualquier persona podría de esa forma sortear los efectos de la condena, recuperar su libertad e incumplir la única condición impuesta que es no regresar al país.

En particular, hizo especial hincapié en que no procede la concesión automática del extrañamiento el presente caso. Alegó que del texto del propio dictamen de la Dirección Nacional de Migraciones surgía con claridad el “ámbito de discrecionalidad” con el que cuentan los jueces al momento de aplicar la ley 25.871 de manera armónica con la ley 24.660.

Afirmó que en la orden de expulsión mencionada se solicitó al juez “informar a [ese] Organismo si interesa la permanencia del extranjero en el país” y que, en caso contrario autorice el extrañamiento de Carlos Daniel Giménez Güell.

Postuló que, incluso el propio juez de ejecución reconoció que debía llevarse a cabo un examen de las circunstancias concretas del caso cuando valoró que se trataba del primer incumplimiento del

condenado a la prohibición de regreso impuesta con anterioridad. Agregó que esa ponderación tampoco resultaba clara a los efectos de autorizar o rechazar un nuevo pedido de extrañamiento.

En consecuencia solicitó se revoque la decisión recurrida y que, en consecuencia, Carlos Daniel Giménez Güell cumpliera en el país la pena a la que ha sido condenado.

Por su parte, el Defensor Público rebatió los argumentos de la acusación alegando que el recurso de casación debió haber sido declarado inadmisibile por defecto de fundamentación. Explicó que no se encontraba suficientemente explicada la alegada incompatibilidad entre el art. 64 de la ley 25.871 y la ley 24.660 ni, en su caso, su contradicción con la Constitución Nacional.

Catalogó de “difusa” la afirmación de que se encontraría comprometido en el caso el interés punitivo del Estado. Destacó que el legislador priorizó las decisiones de política migratoria por sobre el interés punitivo del Estado, cuando el condenado que cayera bajo los supuestos contemplados en la ley 25.871 se encontrare a la mitad del cumplimiento de su condena.

Afirmó que no existe ni en la ley 25.871, ni en el decreto 70/2007 “una referencia que excluya esta solución de las personas que por segunda vez se encuentran en esta situación”.

Concluyó argumentando que la queja del Ministerio Público Fiscal remitía a que el juez de ejecución efectivamente aplicó la ley, tal cual se encontraba prevista, respetando su letra punto por punto. Descartó entonces que pudiera tratarse de un caso de inobservancia de la ley sustantiva, puesto que en lugar de ello, ésta fue simplemente aplicada.

A preguntas del tribunal sobre si estaba reclamando un derecho del condenado a ser expulsado, contestó que no obstante que su defendido carecía de un derecho a reclamar que el Estado Argentino lo expulse, aquí se solicitaba el cumplimiento de una decisión de expulsión que ya había sido tomada por el Estado.

3. Al momento de examinar la admisibilidad del recurso concedido, observo que el juez de ejecución ha dictado la decisión de fs. 410/414 después de haberle dado la sustanciación y trámite de una

incidencia de ejecución. Las decisiones adoptadas en tal clase de trámite son recurribles por recurso de casación según el art. 491 CPPN.

El recurso del Ministerio Público Fiscal satisface suficientemente las exigencias de fundamentación a los fines de la admisibilidad, y aunque el motivo de agravio no cae estrictamente en el art. 456, inc. 1, CPPN que invoca, plantea en definitiva un defecto de interpretación de una disposición de la ley Nacional de Migraciones, que reviste el carácter de ley federal, interpretación que por ende puede ser sujeta a revisión por esta Cámara por aplicación la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la sentencia publicada en Fallos: 328:1108 (*“Di Nunzio, Beatriz Herminia”*).

El Ministerio Público Fiscal tiene interés legítimo para promover la revisión de lo decidido (art. 432, párrafo segundo, CPPN), en general, actuando en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120 CN), y en particular, promoviendo la ejecución legal de las penas impuestas por sentencia firme (art. 491, primer párrafo, CPPN).

4. El Ministerio Público ha atacado los dispositivos I y II de la decisión recurrida, que tienen efectos jurídicos distintos. El primero declara que está satisfecho el presupuesto del art. 64 de la ley 25.871 por haberse reunido los presupuestos del art. 17, acápites I y II, de la ley 24.660 respecto de la pena única de diecinueve años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento que el juez de ejecución tenía bajo su control y en consecuencia *autoriza* a la Dirección Nacional de Migraciones a que lleve adelante el extrañamiento a Carlos Daniel Giménez Güell al país de su nacionalidad. El segundo dispone “*requerir* a la autoridad migratoria que ejecute su expulsión del territorio nacional” a partir del día de la fecha de la decisión, con la prohibición de reingresar al país de manera permanente”.

Ambas cuestiones han de ser examinadas separadamente a la luz de la ley 25.871, porque, como se verá, el dispositivo I no implica forzosamente lo que se ordena en el dispositivo II, en tanto el primero autoriza el extrañamiento, el segundo ordena a la dependencia del poder ejecutivo que lo dispuso que lo ejecute de modo perentorio.

5. El art. 64 de la ley 25.871, en lo que a este caso interesa, declara: “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; [...]”.

Esa disposición presupone: a) que la autoridad competente ha dictado una disposición de expulsión respecto de un extranjero cuya situación de residencia ha sido declarada irregular; b) que esa disposición haya sido consentida o haya adquirido firmeza por haberse agotado la vía recursiva; c) que la orden de expulsión se hubiese dictado respecto de un extranjero que estuviese cumpliendo una pena privativa de libertad; d) que la ejecución de la pena hubiese alcanzado el estadio necesario para poder aspirar a la concesión de salidas transitorias y que no exista otro proceso o condena pendiente en los que interese su detención.

a. Compete a la Dirección Nacional de Migraciones, en el ejercicio de los cometidos de política migratoria que le asigna el art. 105, en función del art. 3, inc. a, de la ley 25.871, adoptar decisiones de declaración de irregularidad de la residencia, o de cancelación de los permisos de residencia de extranjeros, y en consecuencia, decidir su expulsión del territorio nacional, y determinar la duración de la prohibición de reingreso, según los arts. 61, último párrafo, 62, y 63 de esa ley.

b. Esas decisiones administrativas están sujetas a una vía de recursos administrativos y judiciales según los arts. 74, 79 y 84. El art. 98 de la ley declara que para el conocimiento y decisión de los recursos judiciales son competentes los jueces los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria. En principio, no está excluida la vía de recurso ante las respectivas cámaras de apelaciones, y en su caso, ante la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24807/2015/3/CNCI

Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48. En defecto de consentimiento expreso las decisiones de declaración de irregularidad y expulsión se dan por consentidas tácitamente por no hacer uso oportuno de la vía recursiva, y por firmes o cuando ésta se ha agotado.

c. Ha de tratarse de un extranjero que efectivamente esté cumpliendo pena privativa de libertad en un establecimiento de ejecución de pena que acarree privación de la libertad, o bajo otra modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Si se tratase de una condena a pena de prisión de ejecución condicional la situación se regula de modo diverso, por el inciso b del art. 64 de la ley 25.871.

d. El reenvío a los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 “que correspondieren para cada circunstancia”, presupone que las autoridades competentes para la ejecución de la pena privativa de libertad emitan una declaración de que estos presupuestos se encuentran reunidos, lo que implica que ya no hay obstáculo legal para la expulsión del extranjero no obstante que la pena privativa de libertad aún no se hubiese agotado. Esta declaración presupone una constatación *judicial* de la fecha de agotamiento de la pena fijada en el respectivo cómputo y del estadio alcanzado en la ejecución para determinar si se reúne el presupuesto para poder solicitar la concesión de salidas transitorias. Supone también la constatación de la inexistencia de otros procesos o condenas a penas privativas de libertad en los que interese la detención. Puesto que –al menos en el ámbito nacional- la ejecución de la pena está sometida a control judicial (art. 3 de la ley 24.660), y que la concesión de salidas transitorias está diferida con exclusividad a los jueces con competencia para ese control (art. 19 de esa ley), se infiere sin esfuerzo que la autoridad migratoria no puede ejecutar la expulsión sin que, previamente, el juez de ejecución establezca que se han reunido los presupuestos del art. 17, acápites I y II de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, a los que remite el art. 64 de la ley 25.871. Si están reunidos el juez de ejecución así lo declarará, y lo comunicará a la autoridad migratoria; en su defecto, declarará que la

decisión de expulsión no es ejecutable. La declaración positiva importa autorización para ejecutar la expulsión, y la negativa una denegación de esa autorización. Sólo en el primer caso podría la autoridad migratoria llevar adelante la ejecución de la expulsión decidida por resolución consentida y firme, porque la conducción del condenado a la frontera física, o su colocación en una nave o aeronave en el último puerto de salida del territorio nacional, implican su puesta en libertad, lo que fáctica y jurídicamente interrumpe la ejecución de la pena privativa de libertad que hasta ese momento estaba cumpliendo. De tal suerte, esa declaración y consecuente “autorización” son imprescindibles para la ejecución regular de la expulsión a la que se refiere el art. 64 de la ley 25.871.

Observo que el art. 64 de la ley utiliza dos términos distintos. En el primer párrafo se refiere al “acto administrativo de *expulsión*” y en el inc. a, se refiere a la “ejecución del *extrañamiento*”. Mientras que la expulsión se ejecuta y consume de modo instantáneo al conducir al extranjero fuera de las fronteras físicas, o al colocarlo a bordo del transporte en el último puerto o aeropuerto que lo conducirá al extranjero, el extrañamiento importa además la prohibición de reingreso por el tiempo fijado en la decisión de expulsión, de modo que el extrañamiento se ejecuta y dura en el tiempo (confr. *mutatis mutandis*, las decisiones de esta Cámara, Sala 2, causa n° 24.873/2010, “*Márquez Martín, Rony Alejandro*”, rta. 10/09/2015, reg. 443/2015; y causa n° 12.604/2008, “*Gómez Frechero, José Marcelo*”, rta. 11/08/2016, reg. n° 611/2016).

Sin embargo, la ley no establece qué ha de ocurrir si, ejecutada la expulsión, el expulsado reingresa al territorio en infracción a la prohibición de ingreso, en otras palabras, cuál es el efecto de la elusión del extrañamiento.

Según la pretensión de la fiscalía el juez de ejecución debería denegar una nueva expulsión, porque en ese caso, según la *ratio* que presenta, los intereses político criminales de ejecución del resto de la pena cobrarían preponderancia frente a las razones de política migratoria que dan base al art. 64 de la ley 25.871.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24807/2015/3/CNCI

El juez ha resuelto en contra de esas pretensiones de la fiscalía, después de constatar que, en consideración de la magnitud de la nueva pena de diecinueve años y seis meses de prisión, estaban satisfechos los supuestos del art. 17, incs. I y II de la ley 24.660. Ha argumentado que “se trata de la aplicación de 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” que los tribunales están obligados a aplicar, señalando que “no es el suscripto, ni este órgano jurisdiccional, quien expulsa al causante sino que dicha decisión ha sido tomada por la autoridad política competente, correspondiendo a esta instancia, únicamente, el autorizar o no, en su caso, la ejecución de esa decisión en tanto se encuentre verifique [SIC] la ocurrencia de las exigencias preestablecidas por la ley”. Afirmó a continuación que “no hay normativa alguna que prohíba la posibilidad de un segundo extrañamiento en situaciones como la aquí analizada” en la inteligencia de que la ley “resuelve en base a criterios estratégicos de política criminal y migratoria propios de la esfera de reserva del ámbito legislativo” y de que “hasta tanto se subsane el vacío legal [...] en torno a situaciones de incumplimiento de la prohibición de reingreso al país o se proceda a una reforma de la legislativa que prevea consecuencias concretas de tal incumplimiento o se limite de manera expresa la posibilidad de una nueva expulsión, el extrañamiento puede proceder en una segunda oportunidad una vez verificados los requisitos previstos por la norma, que operan de puro derecho y la resolución en torno a un segundo extrañamiento deberá tener acogida favorable”. Sin perjuicio de ello el juez dejó a salvo que “[d]istinta podría ser la solución y decisión para casos de reiteración sistemática de las condiciones fijadas y, en concreto, la relativa a la prohibición de reingreso, cuya repetición o persistencia podría, efectivamente, neutralizar o limitar la posibilidad de una nueva decisión [de expulsión]”.

La fiscalía critica que el juez ha dejado abierta la posibilidad de que podría considerarse la denegación de un nuevo extrañamiento en caso de “reiteración sistemática” de violaciones a la prohibición de

reingreso, respuesta que tampoco tiene base en una disposición legal expresa y que por ende la decisión tiene fundamentos contradictorios.

Sin refutar la afirmación del juez en punto a la inexistencia de alguna disposición que de modo expreso excluya la posibilidad de una segunda expulsión, ha argumentado sobre la necesidad de compatibilizar las políticas públicas migratorias con el ejercicio del *ius puniendi*, y alegado: a) que “el extrañamiento no constituye un derecho del condenado a ser dispuesto por la autoridad judicial, sino que importa un acto procesal enmarcado en un específico contexto legal institucional en el que el *ius puniendi*, en esa singular oportunidad, cede ante razones de políticas públicas más amplias y de derecho internacional”; b) que cuando el extranjero vuelve a entrar al territorio nacional en infracción a la prohibición de ingreso, “cesa la preeminencia de la política migratoria por sobre el legítimo interés punitivo reservado a las agencias penales del Poder Judicial retomando éste la plena autonomía del control en torno al cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta”.

Corresponde examinar esas tesis.

6. Acierta la fiscalía al sostener que el extrañamiento no constituye un derecho del condenado, aunque, por lo que diré, no extrae todas las consecuencias de ese aserto.

a. La expulsión de extranjeros es una manifestación del ejercicio de la soberanía estatal.

Según los casos revestirá exclusivamente la naturaleza de una decisión de política migratoria o de seguridad, concretada en un acto administrativo de expulsión, y otras veces, además, la naturaleza de una pena accesoria impuesta con motivo de una condena penal, establecida en la ley penal (FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, 3ª edic., Astrea, Buenos Aires 2007, tomo 2, p. 488, nro. 465).

En su configuración como decisión de política migratoria o de seguridad, se destaca su carácter político y discrecional guiado por criterios de selectividad (FIERRO, op. cit., nro. 466), sin perjuicio de los límites que le impone la prohibición de discriminación y el deber del Estado de asegurar al extranjero cuya expulsión se ordena el acceso a un

juez o tribunal para la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse lesionados de manera ilegal o ilegítima con el acto de expulsión.

La expulsión sólo reviste la naturaleza de pena si ésta es la sanción principal u accesoria por la realización de una conducta constitutiva de una infracción a una prohibición de naturaleza materialmente penal, lo que presupone una ley que defina el presupuesto de hecho de la sanción. Es característico del derecho penal que –salvo en el caso de las llamadas penas alternativas- las penas principales y accesorias no están sujetas al principio dispositivo.

En cambio, en el campo de la política migratoria, toda expulsión responde a supuestos de hecho que pueden o no estar conectados con la constatación de que el extranjero ha cometido un delito, y puede ser decidida en un marco de discrecionalidad de ejecución de políticas migratorias, conforme transpiran los arts. 61 y 62 de la ley 25.871.

El carácter del acto de potestad estatal derivado de la soberanía estatal es en estos casos indisputable. Así, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas se ha señalado que “[e]n el derecho interno de la mayoría de los Estados, la expulsión adopta la forma de un acto unilateral del Estado, en el sentido de acto administrativo unilateral por cuanto emana de una decisión de las autoridades administrativas. Se trata de un acto formal que puede ser impugnado ante los órganos jurisdiccionales del Estado que expulsa, ya que la expulsión es un procedimiento que puede dar lugar a un proceso contencioso en cada una de sus etapas”. (Segundo informe del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros, de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, párr. 188).

Según esa concepción, no se reconoce un derecho del extranjero a ser expulsado, sino que se trata de un acto de potestad estatal que se ejerce de modo unilateral, sin perjuicio del derecho del afectado a poner a prueba ante los tribunales su legalidad y legitimidad.

Así se expone que “La expulsión nunca es ni un acto o hecho solicitado por la persona expulsada, ni un acto o hecho consentido por ella. Es una medida formal o una situación de fuerza irresistible que obliga a esa persona a abandonar el territorio del Estado que la expulsa. Este elemento de coerción es importante ya que permite distinguir a la expulsión de una salida normal o común del extranjero del territorio del Estado. [...] Se distingue en ese informe la orden de expulsión y su ejecución, señalando que “la medida formal que ordena la expulsión es una conminación, y por ende una coerción legal, así como el comportamiento que obliga al extranjero a irse es una coerción física o de hecho que se percibe como tal” (*ibidem*, párr. 193).

En línea con esa concepción, observo que en la ley 25.871 no se provee al extranjero de ninguna vía judicial para promover que las autoridades migratorias declaren su residencia irregular, cancelen o revoquen una autorización de residencia anteriormente concedida, ni para instar la propia expulsión o extrañamiento. Esto se deduce sin esfuerzo del contexto de la ley en el que el art. 74 declara revisables por vía administrativa o judicial las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones cuando: a) Se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; b) Se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) Se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; d) Se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución. Esos recursos se proveen para impugnar decisiones que deniegan la admisión o permanencia del extranjero que ingresa, o cancelan una autorización de residencia previamente concedida, o conminan al extranjero a abandonar el territorio nacional o decretan su expulsión, y las que aplican sanciones, establecen cauciones, y las que las ejecutan. La ley no provee, sin embargo, de ningún recurso o vía judicial para que el extranjero promueva la cancelación de su autorización de residencia, o para que se lo expulse del territorio.

Dos consideraciones son pertinentes a este último respecto.

a.1. Primero, existe un derecho fundamental a la libertad de circulación, pero este derecho es de ejercicio facultativo y puede ser restringido por la ley.

Así, el art. 14 CN reconoce a todos los habitantes de la Nación –con independencia de su nacionalidad y de su situación de residencia en el caso de ser extranjeros- el derecho de salir del territorio argentino. Este derecho puede ser restringido por la ley, en la medida en que se conforme a los arts. 19 y 28 CN.

De modo análogo, el art. 12.2 PIDCP declara que “Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio”, derecho que no depende ni de la nacionalidad ni de la situación de residencia regular o irregular. Este derecho puede ser objeto de restricciones, según el art. 12.3, bajo condición de que “se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el [...] Pacto”. Una condena a pena privativa de la libertad impuesta de conformidad con los arts. 14 y 15 es un título legítimo para la restricción del derecho fundamental del individuo a salir libremente del país en cuyo territorio se encuentra. Una decisión ejecutiva de expulsión orientada a alguno de los fines legítimos que el Pacto enumera, adoptada conforme a la ley, bajo salvaguardas contra la arbitrariedad, es también un título legítimo para restringir el derecho de permanecer o salir libremente del país. Así prescribe el art. 13 que “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. El Pacto no contiene ninguna provisión que reconozca un derecho del individuo a ser expulsado del país en el que se encuentra.

También el art. Artículo 22.2 CADH reconoce que “Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”, y el art. 22.3 declara que el ejercicio de ese derecho “no puede

ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”. Una condena a pena de prisión adoptada conforme a la ley y a las reglas de garantía de los arts. 8 y 9 CADH puede ser suficiente base para restringir el derecho de toda persona a salir del territorio del estado en que se encuentra. Una decisión administrativa de expulsión, orientada a alguno de los fines legítimos enunciados en la primera de esas disposiciones, también puede serlo, si se ha adoptado con salvaguardas contra la arbitrariedad. La Convención tampoco establece en ninguna disposición un derecho de la persona a ser expulsada del territorio del país en que se encuentra.

Esto conduce a la primera conclusión intermedia, cual es que –puesto que el sistema normativo no reconoce un derecho a ser expulsado- no existe una vía ni judicial, ni administrativa para que una persona promueva el dictado a su respecto de una decisión administrativa o judicial que ordene la cancelación de la residencia, la declaración de irregularidad de la residencia, o la expulsión. Decisiones de esta clase no están concebidas para garantizar el derecho fundamental de salir libremente de cualquier país, sino orientadas a fines de política migratoria por razones de seguridad, orden, salud o moral públicos, o a la protección de derechos o libertades de otros. De modo que la persona no tiene legitimación para reclamar del Estado ser expulsada por alguna de esas razones cuya apreciación y necesidad quedan libradas a la discreción del legislador, al momento de definir los supuestos de expulsión en la ley, y por la autoridad de aplicación en cada caso concreto.

La defensa pública ha alegado en la audiencia celebrada ante esta Sala que el legislador ha privilegiado el “interés migratorio” sobre el “interés punitivo”. Sin necesidad de abrir juicio sobre si tal aserto es una máxima que no reconoce excepciones, lo cierto es que el argumento hace poco favor a la posición de la defensa, porque en ese

caso, el condenado no tiene legitimación alguna para reclamar el cumplimiento de decisiones de políticas migratorias de expulsión.

a.2. Segundo, el orden normativo prevé un instrumento específico sobre cuya base puede eventualmente suscitarse una incidencia típica de ejecución de la pena, *que sólo puede promover el condenado o quien actúe en su nombre*, cual es el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, aprobado por ley 26.259 (promulgada de hecho el 01/06/2007), a fin de que la pena de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 pueda ser ejecutada y cumplida por el condenado en el territorio del Estado parte del cual éste sea nacional o residente legal y permanente (art. 2.a), condena que se ejecutará según las leyes de este último Estado (art. 10.2).

El dispositivo de aquella ley concede al condenado un derecho sustantivo a promover una incidencia de ejecución y obtener su traslado para la ejecución de todo o parte de la sentencia en el territorio del país de su nacionalidad, o de aquél en el que tiene concedida autorización de residencia permanente, a diferencia de los de los arts. arts. 61, 62, 63 y 64 de la ley 25.871, que no dan base a ningún derecho a opción del condenado.

Una opción de este tipo no ha sido ejercida por el condenado en este caso.

b. Sentado ello, el condenado a pena de prisión no tiene legitimación para promover ante el juez de ejecución que controla su pena una incidencia para que éste promueva ante la autoridad migratoria que emita un pronunciamiento sobre la regularidad de su residencia, o sobre la cancelación de una anteriormente concedida, o una orden de expulsión y extrañamiento con prohibición de reingreso permanente o temporal a tenor de los arts. 61, 62, 63 y 64 de la ley 25.871. Aunque eventualmente la autoridad de aplicación emitiese una orden de expulsión y extrañamiento que tuviese por efecto interrumpir la ejecución de una pena privativa de libertad según el art. 64 de la ley 25.871, esa decisión administrativa no responde a ninguna de las finalidades de los arts. 1 y 6 de la ley 24.660.

Más aún, los jueces penales que tienen a su cargo el control de la ejecución de la pena privativa de libertad carecen de competencia para promover ante las autoridades migratorias la emisión de alguna decisión a tenor de los arts. 61, 62 y 63 de la ley 25.871, y en el caso de que la hubiesen dictado, carecen también de competencia para ordenar a las autoridades que ejecuten la expulsión, porque esa decisión corresponde a una discreción política de la que los jueces de ejecución no han sido investidos en el diseño de división de poderes de la Constitución Nacional, y no responde a un derecho del extranjero a ser expulsado.

De modo que la alegación de la fiscalía en su recurso, en el sentido de que “el extrañamiento *no constituye un derecho del condenado a ser dispuesto por la autoridad judicial*, sino que importa un acto procesal enmarcado en un específico contexto legal institucional en el que el *ius puniendi*, en esa singular oportunidad, cede ante razones de políticas públicas más amplias y de derecho internacional” es en su primera proposición correcto. Sin embargo, en el recurso no se han extraído todas las consecuencias de este aserto, pues en rigor, los jueces a cargo de la ejecución no tienen jurisdicción para inmiscuirse en decisiones de políticas públicas migratorias y de ejercicio del *ius puniendi*.

Advierto así que no corresponde que los jueces de ejecución den trámite como incidente de ejecución a peticiones de los condenados o sus defensas para que el juez promueva u ordene la ejecución de expulsiones del territorio dictadas por la autoridad administrativa en los términos de los arts. 61, 62 y 63 de la ley 25.871, y que una incidencia a tenor del art. 64 sólo puede tener lugar cuando la autoridad administrativa pide autorización al juez para ejecutar una expulsión consentida y firme, en cuyo caso el juez sólo tiene jurisdicción para autorizarla o denegar la autorización, pero no para ordenar que sea ejecutada.

De modo general, esas decisiones políticas han sido adoptadas por el legislador al definir la autoridad competente para declarar irregular la residencia de una persona, o para cancelar una anteriormente concedida, y en consecuencia, para decidir su expulsión

con prohibición de reingreso (extrañamiento), y los presupuestos en los cuales ésta pueda ser decretada. También ha ejercido el legislador una apreciación política al definir un cierto margen de discreción en el que con arreglo a las circunstancias de cada caso, puede la autoridad competente decidir si ordenará la expulsión o no.

De modo que los jueces a cargo de la ejecución de las penas privativas de libertad no tienen ninguna jurisdicción para inmiscuirse en tales materias. Menos aún la tienen para ordenar a la autoridad migratoria que ejecute una resolución de expulsión, que no responde a un derecho de la persona objeto de la expulsión, y por ende tampoco puede dar base a un derecho adquirido por ésta.

Resulta paradójal un pasaje de la argumentación de la decisión recurrida, en la que el juez afirma que la ley 25.871 “resuelve en base a criterios estratégicos de política criminal y migratoria propios de la esfera de reserva del ámbito legislativo”. Aunque, como expondré, la ley delega también la aplicación de esos criterios político en la autoridad de aplicación dependiente del Poder Ejecutivo, lo paradójal es que, sin dar fundamento alguno de su competencia, el juez de ejecución ha ordenado a la Dirección Nacional de Migraciones la ejecución de una orden cuya finalidad no tiene competencia para revisar.

Los arts. 3 y 4 de la ley 24.660 confirman la conclusión de la falta de competencia. El primero establece que “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”. El segundo especifica que “Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”. Puesto que, como se ha desarrollado, no hay base normativa que permita reconocer que una persona tenga derecho a ser expulsada del territorio del país en el que se encuentra, los jueces que supervisan la ejecución de

una pena privativa de libertad no tienen jurisdicción para promover ante la autoridad administrativa el dictado de una decisión de expulsión, y por ende, tampoco la tienen para ordenar que ésta sea ejecutada. En cambio, sí releva de su competencia “autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”, de modo que, si se dan los presupuestos definidos en el art. 64 de la ley 25.871, por referencia al art. 17, acápites I y II de la ley 24.660, entonces es indispensable su declaración en tal sentido y su autorización para que el condenado pueda egresar del establecimiento penitenciario a los fines de ejecutar la expulsión. Allí se agota su jurisdicción y no tienen ninguna otra para ordenar la ejecución de una orden administrativa dictada por las autoridades competentes del poder ejecutivo, ni para ponerle plazos a su ejecución.

c. Los desarrollos de los puntos a y b precedentes conducen a la confirmación del dispositivo I, y a la anulación del dispositivo II de la resolución de fs. 410/414, porque ha sido dictado por el juez de ejecución, sin competencia, y por ende, en exceso de jurisdicción (art. 167, inc. 1, CPPN).

En cuanto a lo segundo se hace imperiosa una aclaración, en la medida en que la representante del Ministerio Público en su recurso no había alegado exceso de jurisdicción, sino que había pretendido derechamente la revocación del dispositivo II, como consecuencia de la revocación, también instada, respecto del dispositivo I.

Esa pretensión suponía de modo implícito que esta Sala tendría jurisdicción sea para revocar, sea para confirmar, el tenor del dispositivo II. De modo que esta Sala conserva su potestad inherente de revisar su propia competencia porque no podría confirmar un dispositivo judicial dictado sin jurisdicción por el juez *a quo*.

Como he señalado antes de ahora es inherente a todo tribunal que siendo la competencia un presupuesto del ejercicio de la jurisdicción, todo juez o tribunal tiene también jurisdicción para examinar, aun de oficio, su propia competencia según la regla denominada como *Kompetenz-Kompetenz* (confr. conflicto de competencia en la causa CCC 15462/2015/PL1/CNC1, “Obanián, Julián Alexis”, Sala

de Turno, res. de 09/08/2016, Reg. ST n° 742/2016). De modo que el hecho de que la competencia del juez de ejecución no hubiese sido objeto de controversia en la instancia de grado, no precluye su examen una vez que se ha admitido el recurso de casación y la Cámara ha sido llamada a pronunciarse sobre el fondo. Evoco que la competencia de los tribunales y el procedimiento deben estar previstas en una ley, y esto rige tanto para el ejercicio de la jurisdicción ordinaria como para la jurisdicción de apelación (arts. 18 CN, 8.1 CADH y 14.1, PIDCP), como para las acciones de protección de derechos fundamentales mediante un recurso sencillo y rápido (arts. 43 CN, 8 DUDH, 2.3, b PIDCP, y 25 CADH). Con arreglo a la citada regla *Kompetenz.Kompetenz* todo tribunal tiene competencia para juzgar su propia competencia, de modo que, cuando se le reclama que ejerza su jurisdicción de revisión sobre materias que han sido decididas por tribunales inferiores no podría clausurarse esa capacidad de examen de la propia competencia argumentando que la cuestión de la competencia y la vía procesal no habían sido puestas en cuestión ante aquellos tribunales, pues ello equivaldría a compelerlo a pronunciarse sobre una materia sobre la que eventualmente no tiene autoridad (CCC 24.740/2015/CNC1, “Bruno, Sebastián s/ acción de *habeas corpus*”, Sala 2, sent. de 17 de febrero de 2016, Reg. n° 93/2016).

Por cierto, ello no implica que este Tribunal de revisión deba necesariamente revisar todas las incidencias decididas de modo previo a la resolución que aquí viene impugnada mediante recurso de casación sino, simplemente, que puede examinarse el alcance de la propia competencia para confirmar o dejar sin efecto la decisión dictada por el juez de ejecución.

Me aparto por estas razones, del abordaje seguido en otra decisión de esta Cámara, que sin examen explícito del alcance de la jurisdicción y competencia del juez de ejecución en un caso sustancialmente análogo, abordó el fondo del asunto y declaró que una interpretación de la ley 25.871 debía atender al resultado al que conduce la posibilidad de ordenar múltiples extrañamientos en la ejecución de una misma pena, cuando el condenado regresa al país en infracción a la prohibición de entrada, y en consecuencia revocó una decisión del juez

de ejecución de idéntico tenor a la que aquí viene recurrida (compárese Sala 2, causa CCC 39974/2010/5/CNC1, “*García Ayala, Luis Carlos*”, rta. 14/11/2017, reg. n° 1164/2017).

d. Observo finalmente que, el tenor de la decisión que aquí se propone, desconoce jurisdicción al juez de ejecución para ordenar la ejecución de la resolución administrativa firme de expulsión emitida por el Director Nacional de Migraciones con fecha 12 de mayo de 2016 (Dispositivo II de la decisión recurrida), y en rigor no satisface todas las pretensiones del Ministerio Público Fiscal, que pretende en definitiva que la resolución administrativa que ordena la expulsión de Carlos Daniel Giménez Güell con prohibición permanente de reingreso no sea ejecutada.

Ahora bien, así como los jueces a cargo de la supervisión de la ejecución de la pena carecen de jurisdicción para ordenar que la orden de expulsión se ejecute, también carecen de ella para prohibir que ésta se ejecute una vez comprobado que se reúnen los presupuestos del art. 64, inc. a, de la ley 25.871.

No se pasa por alto la argumentación de la fiscalía sobre los criterios que a su juicio llevarían a dar preponderancia a la ejecución de la pena con finalidades punitivas frente a otras consideraciones de política migratoria. Esa ponderación política, como el propio adjetivo lo indica, que releva de la discreción del legislador primero y en segundo lugar y en cada caso concreto de la autoridad de aplicación de la ley 25.871, es extraña a la función de los tribunales de justicia en un sistema republicano. Nada impide, en todo caso, que el Ministerio Público Fiscal presente los planteos que considere adecuados y pertinentes ante la autoridad de aplicación a fin de promover la revisión y eventual revocación del acto administrativo de expulsión, habida cuenta de que ese acto político no reconoce ningún derecho, y por ende su revocación no afectaría ningún derecho adquirido.

Para tal instancia –habida cuenta de la naturaleza de aquel acto- tiene el Ministerio Público Fiscal suficiente base en el art. 120 CN, que le encomienda “promover la actuación de la justicia en defensa de la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 24807/2015/3/CNCI

legalidad, de los intereses generales de la sociedad, *en coordinación con las demás autoridades de la República*’.

7. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y se anule el dispositivo II de la resolución de fs. 410/414, y que en lo demás se rechace el recurso y se confirme la resolución recurrida en todo cuanto ha sido materia de impugnación (arts. 491, 465, 471, CPPN).

Así voto.

El juez **Bruzzone** dijo:

Por compartir en lo sustancial los fundamentos del colega García, adhiero a su voto y a la solución propuesta.

Así voto.

La jueza **Garrigós de Rébori** dijo:

Atento a que en el orden de deliberación los jueces García y Bruzzone han coincidido en los argumentos y solución que cabe dar a cada una de las cuestiones objeto del recurso de casación, y en vista de la naturaleza de esas cuestiones, estimo innecesario abordarlas y emitir voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017, que ya ha entrado en vigencia según el art. 8).

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, **ANULAR** el dispositivo II de la resolución de fs. 410/414. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto en lo que hace a los restantes agravios, y en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución recurrida en todo lo demás que ha sido materia de impugnación (arts. 491, 465, 471, CPPN).

Se deja constancia que el juez García participó de la deliberación y emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; LEX 100), y remítase al juzgado de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO A. BRUZZONE

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

Ante mí:

SANTIAGO A. LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA