

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

Reg. n°494 /2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los once días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis F. Niño, Gustavo A. Bruzzone y Luis M. García, asistidos por el secretario actuante, Santiago López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 511/518 por la defensa oficial; en la presente causa n° **CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2**, caratulada **“ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Fructuoso s/recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. El Juzgado de Ejecución Penal n° 1 de esta ciudad, con fecha 5 de mayo de 2017, resolvió: “I.- NO HACER LUGAR al pedido de EXTRAÑAMIENTO del sentenciado FRUCTUOSO ÁLVAREZ GONZALEZ, formulado en el presente Legajo Nro. 19.794 y respecto de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 (art. 64, inc. 1°a *contrario sensu* de la ley 25.871”... “II. TENER PRESENTE la reserva de recurrir en Casación y del Caso Federal” (fs. 497/503 –que obra en copia a fs. 67/73–).

II. Contra esa decisión interpuso recurso de casación el Defensor Público Javier Salas (fs. 511/518 –en copia a fs. 78/85/vta. –), que fue concedido (fs. 519 –copia a fs. 86–) y mantenido en esta instancia (fs. 93).

III. El 4 de agosto del 2017 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y se decidió dar al recurso interpuesto el trámite del art. 465 CPPN (cfr. fs. 95).

IV. Durante el plazo de oficina regulado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466, CPPN, se presentó el Defensor Público Coadyuvante de la Unidad Especializada en Derecho de Ejecución de la Pena, que actúa ante esta Cámara, Rubén Alderete Lobo (cfr. fs. 98/101/vta.).

V. El jueves 7 de abril de 2018 se llevó a cabo la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, a la que asistieron: por la parte recurrente, los defensores del imputado –Lisi Trejo y Rubén Alderete Lobo–; en representación del Ministerio Público Fiscal –Guillermina García Padín y Diego García Yomha; y por la participación que le da la ley 27.732 el Sr. Matías Bagnato, con el patrocinio de los letrados Juan María Rodríguez Estévez y Rogelia Pozzi.

Al cabo de la deliberación se arribó a un acuerdo del modo que a continuación se expone:

El juez **Luis Fernando Niño** dijo:

1.- Hitos procesales relevantes en la ejecución de la pena

a. El 10 de noviembre de 1995, el –por entonces– Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 de esta ciudad resolvió condenar al nombrado Álvarez González a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de un medio idóneo para crear un peligro común, en perjuicio de José Salvador Bagnato, Alicia Noemí Plaza Bagnato, Fernando Leonel Bagnato, Alejandro Daniel Bagnato y Nicolás Mariano Borda; en concurso real con el delito de homicidio de igual carácter, en grado de tentativa, respecto del único sobreviviente, Matías Pablo Bagnato (fs. 1/51, del legajo n° 2065 del Juzgado Nacional de Ejecución n° 3; en adelante las fojas señaladas corresponden a este legajo).

b. El 26 de septiembre de 2003, motivado en un pedido del condenado (fs. 190), se hizo saber a la Dirección Nacional de Asuntos y Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación que respecto de ese Juzgado no existía impedimento alguno a los efectos de que Álvarez González finalizara el cumplimiento de la pena en su país de origen –el Reino de España–, conforme lo normado en el art. 2 del Tratado celebrado entre la República Argentina y el Reino de España sobre Traslado de Personas Condenadas –Ley n° 24.036– (fs. 338/339). El 22 de diciembre del mismo año, el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

Nación autorizó el traslado del beneficiario a su país de origen y se archivaron las actuaciones (fs. 336, 349 y 354/357).

c. El 22 de noviembre de 2008 el nombrado recuperó su libertad en el Reino de España por haber cumplido –en el marco de la legislación vigente en ese país– la totalidad de la sanción impuesta. Concretamente, se puso en conocimiento del juez de ejecución a cargo que la pena de cadena perpetua había sido convertida, por la Audiencia Nacional –Sección 3^a de lo Penal–, en una pena de veinte años de prisión, por aplicación del art. 407 del Código Penal español de 1973; señalando –a ese respecto– que en ese país no existe la pena de prisión perpetua, lo que motivó a la conversión de la sanción a la normativa penal española (fs. 398).

d. El 8 de diciembre de 2009 Fructuoso Álvarez González ingresó nuevamente al país, tal y como lo informó la Dirección Nacional de Migraciones el 11 de junio de 2010 (fs. 370).

e. El 12 de agosto de 2010 se presentó espontáneamente ante ese juzgado el Señor Matías Pablo Bagnato, víctima sobreviviente del luctuoso suceso, quien expresó que había recibido llamadas telefónicas del mismo tenor que las realizadas antes del evento que lo damnificó e intentos de contacto mediante sistema informático del condenado (fs. 371). Consecuentemente, se ordenó el desarchivo del expediente.

f. El 3 de septiembre de 2010, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia de Álvarez González y dispuso su expulsión del país con carácter permanente (fs. 389/390). Vale destacar que esa decisión, a la fecha, alcanzó autoridad de cosa juzgada.

g. El 8 de febrero de 2011 el juez de ejecución resolvió no adoptar temperamento alguno respecto de la situación del condenado, en el entendimiento que esa judicatura no tenía competencia para reasumir la supervisión de la pena de prisión perpetua impuesta al nombrado (fs. 431/435). El 1 de julio del mismo año, el Director de la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito de la Procuración General de la Nación solicitó, particularmente, la captura del nombrado

y la reapertura del expediente en función de que –a su entender– la jurisdicción española había quebrantado los términos del acuerdo binacional al alterar la pena impuesta por el Estado argentino. Ese mismo magistrado, con fecha 14 de julio de 2011, falló favorablemente a las pretensiones del solicitante, ordenando la plena reapertura del expediente y la captura de Álvarez González (fs. 457/467).

El 3 de diciembre de 2011, se efectivizó la detención del condenado.

El temperamento adoptado fue recurrido por la defensa (fs. 477/492), mereciendo su rechazo –por mayoría– el 15 de junio de 2012 por la actual Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (fs. 909/921). Ello, a su vez, motivó el recurso extraordinario contra esta última resolución, el cual fue declarado inadmisibile por este último órgano colegiado (fs. 943 y 944). Ese mismo resultado obtuvo, el 3 de noviembre de 2015, el recurso de hecho presentado por la defensa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

h. Finalizados los remedios procesales interpuestos por la defensa en tal sentido, la defensa de Álvarez González requirió su incorporación al régimen de salidas transitorias. Esa petición fue denegada el 20 de agosto de 2015 (fs. 290/294 de la causa CPN 19794/1996/EP1 –las sucesivas fojas refieren a este expediente–) y recurrida por la defensa (fs. 310/323). Finalmente, la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación declaró inadmisibile el remedio procesal interpuesto con fecha 30 de noviembre de 2015¹ (fs. 329/330).

i. El 20 de octubre de 2016 se dejó constancia que, ante lo expuesto en el escrito de fs. 434 –del cual se desprende que el encartado manifestó estar a la espera de la resolución de expulsión a España–, el defensor público oficial del condenado solicitó el inicio del trámite de extrañamiento y la remisión de las actuaciones a su sede en calidad de préstamo (fs. 436).

Movilizado en esa pieza procesal, el juez Pérez Arias inició el trámite relativo al pedido de extrañamiento, enviando –entre otros–

¹ CNCCC, Reg. S.T. 1076/2015.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

un oficio a la Dirección General de Migraciones para que informara la situación migratoria del nombrado (fs. 437).

El 8 de noviembre de 2016 se recibió en el juzgado de ejecución una nota proveniente del Departamento de Atención de Oficios de esa dirección nacional, comunicando que esa dependencia, en ejercicio de las facultades que le son propias, dictó contra el condenado la disposición DNM N° 129.189 de fecha 3 de septiembre de 2010 por la cual se declaró irregular la permanencia del extranjero Fructuoso Álvarez González, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso al país (fs. 447/451).

Asimismo –en lo que aquí interesa– a fs. 466 se lee una nota proveniente de esa misma dependencia en la que solicita al magistrado que informe si ha cesado el interés judicial sobre el extranjero, o bien, si considera aplicable el procedimiento de extrañamiento, previsto en el art. 64 de la ley 25.871.

h. Corrida la correspondiente vista a las partes, la Unidad Fiscal de Ejecución Penal solicitó que se rechace el pedido de extrañamiento del encartado (fs. 457/461 –obra en copia a fs. 52/56–).

Para ello, comenzó por señalar que, si bien se cuenta con la orden de expulsión por parte de la autoridad migratoria, la función jurisdiccional no puede limitarse a aplicar automáticamente y en abstracto los preceptos normativos sino que ello debe hacerse sobre presupuestos concretos.

En esa tarea, hizo referencia a los avatares del proceso ejecutivo y del expediente administrativo. Respecto de este último, resaltó que desde que fue notificado el condenado de su expulsión por la autoridad migratoria su intención se orientó –mediante el agotamiento de las vías recursivas pertinentes– a que no se lo expulse del país. Hizo mención, puntualmente, que para el año 2001 su núcleo familiar –progenitores, seis hermanos, esposa e hijos– residían en nuestro país y que no tenía referentes en el Reino de España. Luego, para el año 2015, en el marco de una entrevista con personal de la Sección asistencia Social de la Unidad Residencial II del CPF I, el interno comentó que nació en el Reino de España y que al año de vida su familia se instaló en la

República Argentina; país en el que se incorporó a temprana edad en el mercado laboral y al que retornó para revincularse con su hijos, luego de que obtuvo su libertad en el Reino de España en el año 2009.

De todo ello, la fiscal concluyó que la voluntad del condenado es la de permanecer en nuestro país, pues recién en septiembre de 2016 –fecha en la que fueron rechazadas las tres instancias recursivas a las que apeló para que la autoridad migratoria no dispusiera su expulsión– dijo “*estar esperando que se resuelva su expulsión a España*”, en tanto, paralelamente, le fue denegado el acceso al instituto de las salidas transitorias y la libertad condicional.

Refirió que, evaluada la conducta procesal del condenado a lo largo del tiempo, la solicitud de extrañamiento no estaba dotada de la voluntad de ser expulsado del país de origen para volver a insertarse allí y de cumplir con la manda de prohibición permanente que se impondría. Solo se advierte –precisó– que pretende la aplicación de un mecanismo previsto en la Ley Migratoria a fin de acceder de manera anticipada a una libertad definitiva, que se asemeja más a aquella prevista en los arts. 13 y 16 del CP que a la que regula el artículo 64 de la citada ley. Ello permite afirmar –prosiguió– que en ese contexto no se encuentran dadas las condiciones para asegurar que se cumpla con los intereses del Estado Argentino y por ello ha de subsistir el interés judicial en el cumplimiento de la pena.

Remarcó, previo hacer hincapié en las conclusiones de los profesionales médicos de la unidad de detención, que la *nacionalidad* es utilizada por el encausado para acceder de manera anticipada a la libertad pero que de ningún modo se vincula con su intención de retomar su vida en España, ni con no retornar a Argentina, pues su proceder solo demuestra una utilización engañosa de un mecanismo legal, con claro interés de un beneficio personal y sin voluntad alguna de cumplir con la decisión administrativa y judicial.

En definitiva, solicitó el rechazo del extrañamiento por cuanto –en el caso– se desvirtúa la finalidad para la cual ha sido regulado, siendo que no están aseguradas las condiciones para que se cumpla con los intereses del Estado Argentino, conforme lo prevé la ley.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

i. A su turno, la defensa oficial presentó un escrito titulado “CONESTA TRASLADO –EXTRAÑAMIENTO”, mediante el cual petitionó que se autorice el extrañamiento de Fructuoso Álvarez González en estricta aplicación de lo dispuesto por las disposiciones de los arts. 64, inc. a) de la Ley 25.871 (fs. 479/ 462 –en copia a fs. 62/64 bis–).

Para argumentar su posición, comenzó por aclarar que –según calificada doctrina– el juez penal *“no puede intervenir en el acto de expulsión ni disponer si es oportuno realizar el acto, porque su avocación a la cuestión está vinculada con la decisión inicial del órgano administrativo. La dirección Nacional de Migraciones sólo requerirá el auxilio de la autoridad judicial para expulsar del país una persona que cumple condena, y el Poder Judicial carece de jurisdicción para impedir el extrañamiento por cualquier razón ajena a tales exigencias o bien para forzar a la administración a proceder a ello”*. En ese contexto –remarcó– la ley migratoria establece los requisitos que deben verificarse respecto de los extranjeros que se encuentren cumpliendo penas privativas de la libertad y sobre cuales la Dirección Nacional de Migraciones ha declarado irregular su permanencia.

Sobre esa base, recordó las previsiones del art. 29 de la Ley 25.871 y las del art. 64 de esa misma ley y coligió que, en virtud de lo establecido en este último artículo, únicamente se admite que el acto administrativo de expulsión no se ejecute cuando existe interés judicial sobre la permanencia del extranjero en el territorio argentino.

Hizo alusión a que el texto legal permite identificar tres requisitos objetivos para la ejecución inmediata del extrañamiento, a saber: a) firmeza del acto administrativo de expulsión; b) que el condenado haya cumplido el tiempo mínimo de ejecución que le permita ser incorporado al régimen de salidas transitorias (art. 17. I Ley 24.660), equivalente a quince años para penas indivisibles; y c) no poseer causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente de unificación (art. 17. II Ley 24.660).

Con tales pautas normativas, el defensor sostuvo que concurren en la especie todos los requisitos de procedencia para disponer el extrañamiento pues: el acto administrativo se encuentra

firme, Álvarez González cuenta con más de quince años en detención y no registra ninguna de las restricciones judiciales apuntadas (apartado “c”). Consecuentemente –agregó– la norma obliga a los jueces a ejecutar la medida administrativa de forma inmediata.

En cuanto a la oposición de la fiscalía aclaró que, de conformidad al estado en el que transita el procedimiento administrativo, resultaba irrelevante considerar la voluntad de su defendido de permanecer en el país, toda vez que la decisión adoptada, si bien fue objetada por aquél, se encuentra firme y debe ser ejecutada, como expresamente lo establece la Ley 25.871. Asimismo, hizo referencia a que su defendido es una persona de avanzada edad, con serios problemas de salud y que no representa ningún riesgo para la víctima. De todos modos –agregó– su expulsión acarrea la prohibición de regreso del país de manera permanente, y las falencias estructurales de los controles migratorios –alegadas por la fiscalía– no pueden recaer sobre el justiciable.

En último lugar, el defensor criticó que en modo alguno se puede afirmar –como pretendió su contraparte– que el extrañamiento equivale a acceder de manera anticipada a una libertad definitiva, pues – más allá de su posición– *“es menester señalar que el extrañamiento no implica la extinción de la pena impuesta. En efecto, son dos los elementos que conforman la ejecución del extrañamiento: la efectiva salida del país del condenado y el cumplimiento de la prohibición de regreso dispuesta por la autoridad migratoria”*.

Por consiguiente, entendió que el magistrado debía apartarse de lo dictaminado por la unidad fiscal de ejecución penal en tanto esa opinión no resultaba una derivación razonada del derecho vigente.

j. El 5 de mayo de 2017, el juez a cargo del control de la pena resolvió “I.- NO HACER LUGAR al pedido de EXTRAÑAMIENTO del sentenciado FRUCTUOSO ÁLVAREZ GONZALEZ, formulado en el presente Legajo Nro. 19.794 y respecto de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 (art. 64, inc. 1°a *contrario sensu* de la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

ley 25.871”... “II. TENER PRESENTE la reserva de recurrir en Casación y del Caso Federal” (fs. 497/503 —en copia a fs. 67/73—).

Para fundar esa decisión, en primer lugar, el magistrado tuvo en cuenta jurisprudencia² de esta cámara de casación en punto al rol que desempeña el Ministerio Público Fiscal en la instancia ejecutiva de la pena y al alcance que debe otorgársele a su dictamen. En esa inteligencia, destacó que *“el juez de ejecución...no representa la ejecución de la pena impuesta”*, que *“compete a los agentes de ese Ministerio (fiscal) representar los intereses de la sociedad en la ejecución de la pena”* y que *“el fiscal conserva en la etapa de ejecución la función requirente, constituida en este caso por las pretensiones acerca de las modalidades en que debe ejecutarse la pena cuyo título está constituido por la sentencia de condena, y en esa función debe ajustarse objetivamente a la ley”*.

Continuó argumentando en que, si bien es cierto —en principio— que se identifican los requisitos básicos y primarios para la operatividad y ejecutoriedad del instituto requerido (firmeza del acto administrativo, requisito temporal y no poseer causa abierta en la que interese la detención), no menos lo es (conforme su interpretación de lo resuelto por la Sala II de esta CNCCC³) que se impone realizar un análisis provisional acerca de la probabilidad de cumplimiento de la observancia de las condiciones e implicancias a la que quedará sujeta la materialización del instituto, conforme lo cual para el caso de ser desfavorable, importará su neutralización. En ese orden de ideas, reprodujo un pasaje del aludido precedente, permitiéndole concluir que el *extrañamiento “no se identifica con ese suceso momentáneo (el acto de expulsión): 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”*.

Por tal razón y teniendo al extrañamiento como un acto *complejo*, el juez de ejecución derivó, como lógica consecuencia, que nunca puede ser interpretado no sólo sin la prohibición de regreso al

² CNCCC, Regs. 146/2015, 181/2015, 203/2015, 234/2015, 240/2015, 242/2015 y 247/2015.

³ CNCCC, “Márquez Martín, Rony Alejandro”, Reg. 433/2015.

país sino también con un análisis provisional acerca de la probabilidad de cumplimiento y observancia de las condiciones e implicancias a la que quedará sujeta la materialización del instituto y factibilidad de cumplimiento.

En respuesta a las argumentadas limitaciones del juez penal para intervenir en la petición, indicó que esa magistratura *“no cumple un mero ‘rol homologador’ de la decisión administrativa de expulsión, sino que importa una determinación o disposición jurisdiccional que ‘autoriza’ mediante el instituto del extrañamiento a que la pena y sanción penal impuesta pase a ejecutarse de manera distinta y en otro lugar o espacio físico bajo (otras) condiciones pero no que debe de cumplírsela, pudiéndose por tanto disponer su no autorización (...) Ello implica, entonces, que el acto de extrañamiento no importa la extinción o cese del cumplimiento de la pena sino un ‘cambio’ en la forma o modalidad de cumplimiento, siendo ese por tanto su ‘carácter’* (es destacado no consta en el original).

Luego, insistió en que la señora fiscal no asintió ni consintió que la pena impuesta pase a ejecutarse de una manera distinta, esto es, en el caso, mediante aplicación del instituto de extrañamiento que importa su liberación en el país de origen. A su vez, entendió que esas manifestaciones cuadraban dentro de la legalidad, razonabilidad y sentido común, no encontrando motivos para deslegitimarlas.

Ponderó, a esos efectos: que luego de su liberación en el Reino de España el 22 de noviembre de 2008, Álvarez González retornó a Argentina en tan solo dieciséis días; que la voluntad del condenado siempre estuvo centrada en cuestionar el trámite de expulsión; que el grupo familiar primario se encuentra en nuestro país y que los informes del área de psicología y criminología –llevados a cabo en su lugar de alojamiento– dan cuenta que *“...no se ha logrado un compromiso terapéutico donde el sujeto pueda hablar de su responsabilidad frente al delito...”* y que *“...surge un diagnóstico presuntivo actual de personalidad con marcados rasgos psicopáticos...”*.

En síntesis, el juez de ejecución actuante concluyó que los cuestionamientos y observaciones críticas efectuadas por la defensa contra la razonable y legal argumentación fiscal, se mostraron más como

una muestra de disconformidad que como una línea argumentativa sólida que permitiera sustentar la convicción en tal sentido.

k. Contra esa resolución, la defensa oficial presentó el recurso de casación que esta cámara está llamada a resolver (fs. 511/518 –que obra en copia a fs. 78/85/vta.–).

Tras fundar su recurso en ambos incisos del art. 456, CPPN, planteó:

Errónea aplicación de la ley sustantiva

Hizo referencia, en primer lugar, a que el magistrado aplicó erróneamente las disposiciones contenidas en la Ley 25.871 y, como consecuencia de ello, vulneró el principio de legalidad.

Volvió a argumentar, como lo hizo en su petición originaria, que la expulsión es un instrumento político complejo, pero que puede afirmarse que se trata de una sanción exclusivamente migratoria, que se basa en el incumplimiento de los requisitos de admisión y permanencia de extranjeros en el país. En el caso de los condenados, además, se genera un problema complejo que yuxtapone las necesidades punitivas con el propósito de mantener vigentes esas pautas. Tal conflicto –prosiguió explicando– es el que la Ley 25.871 viene a regular al autorizar la ejecución del acto administrativo de expulsión cuando el condenado cumplió cierto tiempo de pena privativa de la libertad.

Enfatizó que, en el caso, se encuentran cumplidos los requisitos que establece el art. 64 de esa normativa y que el interés judicial respecto de la permanencia del extranjero en territorio nacional, una vez que la expulsión se encuentra firme, sólo puede fundarse en la existencia de causas en trámite que justifiquen esa necesidad para la sustanciación de otros procesos. Con cita de un precedente de la Sala III de esta cámara de casación⁴ resaltó que *“la distinción a la que remite el art. 64 de la ley de migraciones es justamente una facultad exclusiva del legislador, cuya competencia recae únicamente en ese poder del Estado (...) constituyen decisiones políticas que quedan fuera de la jurisdicción”*.

⁴ Reg. 179/2016, rta. 14/3/16.

De esta forma –concluyó sobre el punto– el resolutorio en crisis generó una vulneración al principio de legalidad, por inobservancia manifiesta de las disposiciones migratorias aludidas.

Una vez más, insistió en que la voluntad de Álvarez González es irrelevante de cara a la firmeza que reviste su orden de expulsión y que sus lazos familiares no han alcanzado para que se lo dispense de la expulsión decretada, con lo que esas razones no pueden ser utilizadas, ahora, por el propio Estado para denegar su extrañamiento. De lo contrario –refirió la defensa– y ante la firmeza de aquel pronunciamiento, una resolución negativa en sede judicial generaría un “escándalo jurídico” derivado de la adopción de decisiones contrarias de distintos organismos del poder público estatal.

Remarcó, por otra parte, las posturas contradictorias que habría demostrado el Ministerio Público Fiscal en el derrotero del proceso ejecutivo y que con su posición estaría desautorizando a los funcionarios de la Administración Nacional que dispusieron la expulsión, cuando fue el propio Estado quien decidió no hacer lugar a las pretensiones de la defensa para que ello no ocurra.

Inobservancia de normas procesales. Arbitrariedad y motivación aparente.

En este apartado, la defensa recordó los alcances del art. 123, CPPN –citando jurisprudencia relacionada a la motivación que toda sentencia judicial debe contener para ser considerada acto jurisdiccional válido– y se quejó de que el juez no dio tratamiento a la totalidad de los argumentos que la defensa esgrimió en su pedido originario.

Concretamente, hizo mención que el magistrado no indicó las razones por las cuales omitió considerar que la resolución administrativa de expulsión –que se encuentra firme– no debe ser ejecutada, al tiempo que descartó, con fundamentos aparentes, los argumentos de la defensa.

Con todo ello, solicitó que se conceda el recurso de casación interpuesto y oportunamente se resuelva favorablemente, autorizando el extrañamiento de su pupilo.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

1. En la oportunidad prevista en los arts. 465, 4º párrafo y 466, CPPN, el Defensor Público Coadyuvante de la Unidad Especializada en Derecho de Ejecución de la Pena ante esta cámara de casación, Rubén Alderte Lobo, presentó un escrito en término de oficina (fs. 98/101).

Para ordenar su exposición, dividió los agravios en tres cuestiones que –a su criterio– deben ser atendidas en esta instancia recursiva, a saber:

1) Si se encuentran satisfechos los requisitos legales para autorizar a la Dirección Nacional de Migraciones a materializar el acto de expulsión dictado.

2) Si el juez de Ejecución posee alguna competencia legalmente asignada para impedir la operatividad del art. 64. inc. a) de la ley 25.871.

3) En caso de respuesta afirmativa al interrogante planteado en el punto anterior, determinar sobre qué presupuestos estaría habilitada la jurisdicción del juez de ejecución penal para ello, y cotejar si las razones invocadas en el fallo presentan apoyatura legal y, en consecuencia, si resultan admisibles.

En lo que respecta a la primera cuestión, sucintamente señaló que el caso reúne las exigencias legales contenidas en el art. 64 de la ley 25.871, al punto tal que la propia resolución así lo establece.

Respecto del segundo tema propuesto por la defensa para su discusión –la función del juez en el procedimiento de expulsión–, el defensor se ocupó de identificar qué aspectos de la ley 25.781 corresponden al derecho migratorio y cuáles al derecho penal.

En su interpretación de la norma, dijo que *“todo lo relacionado con la situación jurídica que habilita la expulsión inmediata de una persona que cumple una pena privativa de la libertad, incluyendo los requisitos fijados normativamente para ello, resulta ser un aspecto de la norma que posee carácter administrativo. Por el contrario, la consecuencia jurídica de dicho acto, es decir, la extinción de la condena en cuestión es, sin dudas, de naturaleza penal”*.

Por ese motivo, *“la expulsión del país, propiamente dicha, entonces, corresponde a la autoridad administrativa, una vez comprobados los*

requisitos que habilitan su ejecución inmediata. El poder judicial, en principio, no puede intervenir en esta decisión ni decidir sobre la oportunidad, mérito y conveniencia para pronunciar y llevar a cabo el acto” en tanto es sólo llamada a intervenir en cuanto a la verificación de los requisitos objetivos fijados normativamente (el destacado no consta en el original). Sólo, eventualmente, podría influir en la ejecución del extrañamiento a través del control de constitucionalidad correspondiente, o bien, en su caso, impidiendo la expulsión en virtud de la existencia de un proceso abierto”.

En definitiva –concluyó el defensor– el Poder Judicial carece de jurisdicción para impedir el extrañamiento por cualquier razón ajena a tales exigencias fijadas normativamente.

Por último, cuestionó los argumentos utilizados por el *a quo* para denegar el extrañamiento de Álvarez González.

En esa tarea, comenzó por advertir que el precedente utilizado por el juez en la resolución cuestionada no se relacionaba con el presente caso, en tanto aquel versaba sobre la posibilidad de la extinción de la pena impuesta a un condenado extranjero que había incumplido la prohibición de retorno al país. Dijo el defensor, *“esa fue la única cuestión que se ventiló en aquel caso, y en ningún momento la sala extrajo del criterio sentado, que los jueces de ejecución debían efectuar un pronóstico de la posibilidad de violación de la prohibición de regreso y trabar la materialización del acto administrativo si conjeturan que los órganos de control migratorio carecerán de la eficacia para hacer cumplir su propia prohibición”* (con destacado en el original).

Remató, que no llegaba a comprender con qué base asume el juez que Fructuoso Álvarez intentará reingresar ilegalmente (algo que nunca hizo) y por qué (en esa hipótesis) las autoridades no estarán en condiciones de neutralizar ese eventual y conjetural intento.

Luego, objetó la afirmación del *a quo* referente a que la pena, una vez concretada la expulsión del país del condenado, *“pasa a ejecutarse de una manera distinta y en otro lugar o espacio físico bajo condiciones pero que no deja de cumplirse”*. Esa anunciación –dijo el defensor– tampoco encuentra apoyatura alguna en ninguna norma ya que de modo alguno quien es objeto de expulsión del país continúa cumpliendo la pena

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

impuesta; todo lo contrario, la consecuencia es, precisamente, la extinción de aquella pena que dejó de cumplirse con motivo de la expulsión.

Finalmente, la defensa desacreditó las ponderaciones que el magistrado realizó respecto de la premura con la que Álvarez González retornó al territorio argentino, luego de ser liberado en el Reino de España, y al uso de las vías recursivas para tratar de impedir su expulsión.

Respecto de la primera cuestión, recordó que Álvarez no tenía ningún impedimento para ingresar al país y que ello fue absolutamente legal y admitido por la autoridad migratoria. Asimismo, remarcó que el momento en que lo hizo carece de absoluta relevancia para lo que se discute aquí. Por otra parte, volvió a indicar que la voluntad de recurrir la orden de expulsión es un derecho constitucional que lo asiste al condenado y que no tiene ninguna relevancia para resolver la cuestión.

Finalizó su exposición aclarando que *“el reclamo que se efectúa aquí no es que el Estado decida expulsar a Álvarez y resignar el cumplimiento de la pena, **esto ya ha sido decidido**. Se reclama el cumplimiento de ello, centralmente porque una vez que no se logró que el Estado desista de expulsar a Álvarez se abre una regulación diferente que no atiende a la prevención especial puesto que se ha decidido no reinsertar en nuestro medio al condenado. Y, con ello, la ley prevé una causal de extinción de la pena para la situación que el mismo Estado generó en el caso. Se reclama aquí el cumplimiento de la ley por cuanto ello tendrá impacto directo en la modalidad de ejecución de la pena y en su mecanismo de extinción”*.

Por todo lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso de casación, se case el pronunciamiento y se resuelva favorablemente a lo peticionado.

II. Una vez citadas a las partes, conforme lo dispone el art. 465, CPPN (fs. 105 –CCC23406/1994/TO1/2/CNC2– siguen referencias al mismo expediente–), se recibió en Secretaría un escrito del Sr. Matías Bagnato, quien hizo saber su voluntad de hacer uso de la palabra, a modo personal y a través de su patrocinio letrado, durante la

referida audiencia ante esta cámara (fs. 108). Posteriormente presentó un nuevo escrito –ante el juez de ejecución y que luego fue enviado remitido a esta cámara–, para que se solicite a la Dirección General de Migraciones que se expida sobre el interés actual del Estado Nacional argentino en llevar adelante, en esta instancia y altura del proceso, la expulsión del condenado. Todo ello, teniendo en cuenta la proximidad de la celebración del aludido acto (fs. 115).

m. El 10 de abril próximo pasado, el Director de Extranjeros Judicializados de esa dirección general comunicó a esta cámara que, motivado en un pedido de la víctima y su letrado patrocinante sobre la situación migratoria del condenado y el eventual interés por parte de esa DNM en expulsarlo de territorio argentino, se ha dictado la Disposición N° 129.189 (del 3 de septiembre de 2010), mediante la cual se declaró irregular su permanencia, se ordenó su expulsión y se prohibió su reingreso al territorio argentino con carácter permanente; medida que se encuentra firme y consentida.

Además, señaló que *“el acto administrativo de expulsión no requiere de un consentimiento expreso por parte del administrado para ser ejecutado, por cuanto entendemos que no resulta ser un beneficio de la ejecución de la pena sino, una potestad del Estado en ejercicio de sus facultades que le son propias en relación al control de la política migratoria delineada. En función de ello, no resulta de interés en el caso que nos convoca, por parte de la Dirección Nacional en expulsar al condenado Álvarez González Fructuoso a través del instituto del extrañamiento, ello por compartir los fundamentos expresados por el juez de Ejecución penal y la titular del ministerio público fiscal en su dictamen”*.

Por último, aclaró que *“lo reseñado precedentemente no significa que el Estado no vaya a Ejercer su potestad migratoria, sino que respetará el interés del Poder Judicial, hasta que la autoridad judicial manifieste el cese del interés sobre el causante en el proceso de ejecución de la pena o bien por el agotamiento de la misma. En esta última circunstancia resultará procedente activar el instituto de retención contemplado en el Artículo 70 de la ley 25.871”* (fs. 124).

n. En el marco de la audiencia realizada ante esta cámara, el Defensor Público Coadyuvante, Rubén Alderete Lobo, comenzó por adelantar su orden expositivo el cual dividió en tres tópicos, a saber: la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

conducta procesal de Fructuoso Álvarez González en el marco de la ejecución de la pena (y una serie de situaciones luego de su regreso al país); la crítica concreta al contenido del fallo y alguna mención al oficio que la Dirección Nacional de Migraciones remitió a este tribunal unas cuarenta y ocho horas antes de la realización de la presente audiencia.

En lo que respecta a la primera cuestión, se ocupó se precisar los hitos procesales de relevancia para la resolución de la incidencia, reparando –entre otros– en la voluntad de la aludida dirección nacional de reafirmar, en más de dos veces, la expulsión del país del condenado.

En lo que importa a la resolución atacada reiteró las argumentaciones consignadas en el escrito presentado en término de oficina y remarcó, una vez más, que el magistrado de ejecución no debió evaluar las razones de oportunidad, mérito y conveniencia de la expulsión, sino que debió limitarse autorizar o no la materialización de la orden firme y consentida del poder ejecutivo, en función de los requisitos enumerados en el art. 64 de la ley 25.871, los que –rememoró– no fueron controvertidos por ninguna de las partes. También –afirmó– que el fallo no tachó de inconstitucional ese precepto, como así tampoco lo puso en crisis con otra de igual jerarquía.

Citó, a efectos de aclarar el ámbito de la jurisdicción, el fallo “Giménez Güell” la Sala I de esta cámara de casación, el cual entendió aplicable al caso.

Finalmente, en lo que respecta al oficio remitido por la Dirección Nacional de Migraciones (fs. 124), refirió que –a su criterio– aquel no modifica la firmeza del acto administrativo el cual se encuentra firme consentido. En efecto, señaló que aquella pieza no constituye un acto administrativo ni hace saber de la naturaleza de alguno que lo revoque; todo lo contrario, da cuenta de la vigencia de la aludida disposición y, a lo sumo, constituye una mera opinión. Insistió en que la oportunidad para materializar la expulsión no es disponible ni por esa dirección ni por los jueces, ya que está prevista en la ley. Es un caso de actividad reglada prevista por el legislador.

En consecuencia solicitó que se haga lugar al recurso de casación, se case el pronunciamiento en tanto se encuentran cumplidos los requisitos del art. 64 inc. a) de la ley 25.871, y se ordene al juzgado de ejecución penal que autorice a la Dirección Nacional de Migraciones a que, dentro de sus competencia específicas, dé cumplimiento los actos administrativos firmes dictados en el caso.

Seguidamente se cedió la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Diego García Yomha.

A modo de introducción, hizo referencia a que el recurso de casación se centra en discutir cuál es el rol que tienen las partes al momento de evaluar el pedido de extrañamiento y que, en el marco de esa disputa, la orden de expulsión ingresa al ámbito judicial, bajo la órbita del art. 491 CPPN.

Agregó, que la defensa pretende limitar la discusión de extrañamiento en el ámbito judicial (concretamente a las prescripciones del art. 17 inc. 1º y 2º –Ley 24660–, en función del art. 64 –Ley 25.871–), valiéndose de una interpretación “literal” de la norma. Esa exegesis –apuntó– resulta errada en tanto debe atenderse –conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– a una discusión que permita abordar los aspectos centrales del caso: el interés migratorio vs. el interés punitivo del cumplimiento de la pena en nuestro país.

Aclaró que no es cierto que la ley de migraciones resuelva este conflicto, ya que sólo se limita a enumerar los requisitos necesarios para la decretar la expulsión, extremos que nadie cuestiona; más lo que se discute es el momento en que debe llevarse a cabo la expulsión cuando está en juego la ejecución de una pena. Lo contrario reduciría la función jurisdiccional a un mero contralor.

Luego, hizo hincapié en que si lo que está en juego es la extinción de la pena, lógicamente el Ministerio Público Fiscal se encuentra interesado y la única oportunidad para expedirse al respecto es en el ámbito del art. 491, CPPN.

Explicó que no existe ninguna contradicción en cuanto a la expulsión, sino que la discusión trasunta por el momento en que debe

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

llevarse a cabo y que la función de ese ministerio público en el derrotero del proceso demuestra que tomó intervención y debe ser escuchada.

Reparó en que el oficio remitido por la Dirección Nacional de Migraciones (obstante a fs. 124) dice que se va a respetar el interés del juez, con lo cual es el propio órgano de aplicación el que reconoce la posibilidad de un margen de discusión que supere las limitaciones a las que alude el defensor del condenado.

Dio cuenta, además, que hay interés de ese ministerio público en el cumplimiento de la pena, que el hecho es aberrante y que no puede pasar desapercibido que el epigrafiado consintió la decisión de su expulsión sobre la base del rechazo de las salidas transitorias. Sobre esa base, se preguntó si una persona que no está en condiciones de salir bajo ese régimen, sí lo está para quedar en libertad en el Reino de España. Luego, ese interrogante demuestra que deben ser de recibo aquellos argumentos que van más allá de los regulados en el art. 64 inc a) de la ley de migraciones y recobra necesidad rever qué cosas están en juego al discutirse el extrañamiento.

En definitiva, peticona que se rechace el recurso de casación y se confirme la decisión recurrida.

Cedida la palabra a la víctima en el marco de las previsiones del art. 27.372 art. 80 inc., el Sr. Matías Bagnato rememoró algunos pasajes del luctuoso suceso y de sus vivencias posteriores relacionadas con los avatares de la ejecución de la pena impuesta a Álvarez González.

Luego, su asistente técnico –el Dr. Juan María Rodríguez Estévez– peticionó el rechazo del recurso de casación por cuestiones procesales y de fondo, las que consideró vinculadas.

Señaló que lo que en verdad se discute es una libertad anticipada, es decir, una libertad condicional, la que requiere de otro análisis y que, por tanto, no es automática. No es la vía procesal correspondiente, tampoco la del extrañamiento. Asimismo reparó en que, de los considerandos del fallo “Giménez Güel”, interpreta que el extrañamiento no es un derecho del imputado, sino una facultad del Estado. El fiscal manifestó su interés en todas sus instancias. Luego, ese acto administrativo no es absoluto sino dinámico y se integra con la

voluntad actual del órgano administrativo. Destacó, además, que tanto el fiscal general de la causa y el órgano específico no están impulsando la expulsión. Luego, desde esta perspectiva, remarcó que no hay un derecho del imputado a acceder a la expulsión, por lo que ni siquiera hay “un caso” jurisdiccional para resolver ya que no hay contienda.

Seguidamente, en aras al mayor respeto al derecho de defensa, se concedió la palabra al defensor oficial a los efectos de que contara con la posibilidad de realizar las réplicas pertinentes a los puntos que fueron tratados por la fiscalía en su exposición.

De tal suerte, remarcó que la voluntad del legislador en que las decisiones firmes y consentidas por la Dirección Nacional de Migraciones deben materializarse y que la decisión de expulsión de ese organismo gubernamental se encuentra vigente en tanto no se emitió acto que lo revoque.

Finalmente, a preguntas del vocal García en cuanto al gravamen que le ocasiona el decisorio, expresó –palabras más, palabras menos– que el acto inicial administrativo de expulsión, eventualmente, trae aparejada la extinción de la pena.

2. La resolución del caso

a. A fin de dotar de la mayor claridad expositiva mi criterio respecto del caso planteado ha menester reseñar los ítems que reputo esenciales de tal incidencia.

Conforme surge de fs. 389/90 del legajo n° 2065 del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1, el día 3 de Setiembre de 2010, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en territorio argentino de Fructuoso Álvarez González y dispuso su expulsión con carácter permanente, mediante la disposición DNM n° 129.189.

Tal decisorio fue nuevamente puesto de relieve en la contestación a un oficio librado por el titular de aquella sede judicial a dicha Dirección Nacional, mediante el cual solicitaba información relativa a la situación migratoria del epigrafiado (fs. 447/51 de dicho legajo). A ello siguió el formal pedido de informes a dicho magistrado en punto al hipotético interés judicial sobre el extranjero de referencia, ante

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

la eventual aplicación del procedimiento de extrañamiento previsto en el artículo 64 de la ley 25871 (fs. 466 idem).

b. Confeccionado el incidente respectivo, tras correr vista a la Unidad Fiscal de Ejecución Penal y a la defensa oficial de Álvarez González (v., al respecto, fs. 52/56 y 62/64 bis), el juez de ejecución, apoyado –básicamente- en las consideraciones vertidas por la primera de dichas partes, decidió no hacer lugar al pedido de extrañamiento del sentenciado (fs. 67/73).

A su turno, la defensa del epigrafiado presentó el recurso de casación que esta Sala está llamada a resolver (v. fs. 78/85 vta.), En términos de oficina, el letrado oficial Rubén Alderete Lobo añadió elementos a su impetración (fs. 98/101). En ambas ocasiones, la defensa destacó la irrelevancia de la voluntad de su pupilo ante la firmeza que revestía la orden de su expulsión, aludiendo, además, al “escándalo jurídico” que derivaría de una resolución negativa en sede judicial, ante la virtual adopción de decisiones contrarias por parte de distintos organismos de un mismo poder estatal. Recalcó, asimismo, que la expulsión del país corresponde a la autoridad administrativa, aclarando que lo reclamado por su parte era el cumplimiento de una expulsión ya decidida.

Idénticos argumentos esgrimió el recurrente en la audiencia celebrada ante esta Sala, insistiendo con su petición consistente en que se haga lugar a su recurso, se case la resolución recurrida y se ordene al Juez de Ejecución que expida la autorización pertinente a la Dirección Nacional de Migraciones, reparando en que la medida de expulsión debe ser ejecutada en forma inmediata, conforme lo establece el artículo 64 de la ley 25871 en su primer párrafo. En cuanto al oficio enviado por la Dirección de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones, agregado al legajo incidental, estimó que no pasaba de representar una simple opinión, toda vez que el texto de la ley no permitía estimar disponible la oportunidad de cumplir con la medida emitida en su momento.

A su turno, el Fiscal General Diego García Yomha, compareciente ante el Tribunal en compañía de su colega Guillermina

García Padín, alertó respecto de los respectivos roles a jugar frente al caso, invocando el artículo 491 del CPPN como base legal para su intervención. Coincidió con la defensa oficial en cuanto a que no está en juego aquí un derecho del sentenciado a ser expulsado y admitió que no se trata de revisar la decisión de la expulsión; mas señaló que lo que pone en discusión escapa de lo literal de la ley 25871 y apela a su constitucionalidad a la luz de las circunstancias del caso concreto. Opuso el interés punitivo al migratorio y destacó que lo que discute es el momento de la expulsión, añadiendo que, en rigor, es la extinción de la pena lo que está en juego. Puso de relieve, asimismo, la claridad del texto de la autoridad migratoria en punto a sujetar la decisión al interés judicial y, como corolario de su postura, contraria a la inmediata operatividad de la medida de expulsión, se preguntó, dado que la petición de salidas transitorias había sido denegada al condenado por la autoridad de ejecución de la pena, cómo era posible que se lo liberara a través de su expulsión a España. Propició, en suma, el rechazo del recurso y la confirmación de la decisión del Juez de Ejecución.

Tras el relato de la víctima, autorizado merced al dispositivo del artículo 80, inciso f, del ordenamiento ritual vigente, según ley 27372, su letrado asistente, Dr. Juan María Rodríguez Estévez, expresó que no se estaba frente a un caso jurisdiccional, toda vez que la autoridad migratoria no desea que Álvarez González sea expulsado, el Ministerio Público Fiscal pide que el sentenciado termine de cumplir su pena y este último carece de un derecho a la expulsión.

c. Ante todo, el recurso interpuesto es admisible en virtud de los arts. 491, 457, 456, inc. 1º CPPN y por el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior (art. 8.2. “h” de la CADH).

Concretamente, advierto que la resolución cuestionada es equiparada a definitiva por ley (art. 457 CPPN), que se ha invocado una errónea aplicación de la ley sustantiva y que –en el marco de la audiencia regulada por el art. 468, CPPN– la defensa oficial demostró el gravamen actual y definitivo originado en la resolución que se impugna; o, dicho en otros términos, la existencia de un interés en recurrir como requisito indispensable de admisibilidad. Repárese que, “desde este punto de vista

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico [...]; (d) debe ocasionarle un gravamen, esto es, un perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad. El elemento 'perjuicio' o 'desventaja' es esencial en la definición de los medios de impugnación”⁵.

d. Ahora bien; como quedó parcialmente registrado durante la audiencia, la misma Dirección de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones que dio impulso a la tramitación de la incidencia se ha presentado ante este órgano jurisdiccional el día 10 del corriente mes y año, comunicando mediante nota de estilo, firmada y sellada, que no resulta de interés en el caso, por parte de tal Dirección Nacional, expulsar al condenado Fructuoso Álvarez González a través del instituto del extrañamiento, “por compartir los fundamentos expresados por el juez de Ejecución penal y la titular del ministerio público fiscal en su dictamen”, anunciando –asimismo- que “respetará el interés del Poder Judicial hasta que la autoridad judicial manifieste el cese del interés sobre el causante en el proceso de ejecución de la pena o bien por el agotamiento de la misma” (fs. 124).

A pesar de las objeciones presentadas por el Sr. Defensor Público Oficial al oficio en cuestión, es inocultable la calidad de instrumento público que él reviste, en los términos del artículo 289, inciso b, del Código Civil y Comercial, por tratarse de una actuación administrativa emitida por quien tiene competencia para expedirse sobre el tópico de que se trata, en los límites de sus atribuciones y competencia territorial (art. 290, inc. a, del mismo cuerpo de leyes) y mediando su firma y sello (art. 290, inciso b, *lex cit.*), hallándose, por añadidura, expresamente destinado a incorporarse a un expediente judicial, tal como ha sucedido.

Como se ha sostenido en numerosos precedentes de este colegiado, debe tomarse en consideración el cuadro actual de referencia, a la hora de adoptar la pertinente decisión. En tal sentido, la insoslayable

⁵ Fernando De La Rúa, *La casación Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 187.

variación del panorama planteado, habida cuenta del expreso desinterés actual de la autoridad administrativa respecto de la orden de expulsión oportunamente dictada, consentida y firme, desarticula el andamiaje central del reclamo del distinguido Defensor Público Oficial: no existen hoy posturas contrapuestas entre los dos ámbitos funcionales del Estado ni existe un derecho a la expulsión por parte del particular, como paladinamente se ha reconocido.

Si se repara en la limitación que el artículo 445 del Código Procesal Penal de la Nación impone al conocimiento de los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de agravio, corresponde, en mérito de todo lo expuesto, rechazar el recurso de casación articulado por la defensa oficial contra la resolución del juez de ejecución penal que no hizo lugar al pedido de extrañamiento del condenado Fructuoso Álvarez González (fs. 497/503 –que en copia obra a fs. 67/73–) y en consecuencia confirmar la pieza procesal impugnada, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez **Luis M. García** dijo:

1. En el punto primero de su intervención el juez de primer voto ha desarrollado un exhaustivo relato de las vicisitudes de la ejecución de la pena impuesta a Fructuoso Álvarez González y de las incidencias planteadas que constituyen el antecedente de aquella decisión.

De ese exhaustivo relato sólo he de rescatar los siguientes hechos: **a)** Fructuoso Álvarez González, nacional del Reino de España, había sido condenado por un tribunal argentino, por sentencia firme, a la pena de prisión perpetua como autor del delito de homicidio agravado por el empleo de un medio idóneo para crear un peligro común, cometido en territorio de la República Argentina en perjuicio de José Salvador Bagnato, Alicia Noemí Plaza Bagnato, Fernando Leonel Bagnato, Alejandro Daniel Bagnato y Nicolás Mariano Borda; en concurso real con el delito de homicidio agravado por el empleo de igual medio, en grado de tentativa, respecto de Matías Pablo Bagnato (fs. 1/51, del legajo n° 2065 del Juzgado Nacional de Ejecución n° 3; en adelante las fojas señaladas corresponden a este legajo); **b)** según el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

cómputo aprobado el condenado estaría en condiciones de petitionar la libertad condicional a partir del día 11 de agosto de 2011 (fs. 338/339 del legajo inicial de ejecución); **c)** durante la ejecución de esa pena, por aplicación del art. 2 del Tratado celebrado entre la República Argentina y el Reino de España sobre Traslado de Personas Condenadas –Ley n° 24.036–el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación autorizó el traslado del condenado a su país de origen para la continuación de la ejecución de la pena por resolución de 22 de diciembre de 2003, traslado que se hizo efectivo el 4 de marzo de 2004 (fs. 349, 354/357 y 367/368); **d)** las autoridades del país de recepción del condenado lo pusieron en libertad el 22 de noviembre de 2008, a raíz de la decisión de la Audiencia Nacional del Reino de España –Sección 3ª de lo Penal–, que había convertido la prisión perpetua en una pena temporal de veinte años de prisión, que dio por cumplida antes de ese plazo según la ley española (fs. 398); **e)** el día 8 de diciembre de 2008 Fructuoso Álvarez González reingresó al territorio argentino por vía aérea (cfr. fs. 391) y fue admitido por la Dirección General de Migraciones (fs. 370); **f)** no obstante ello, por resolución de 3 de septiembre de 2010, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia de Fructuoso Álvarez González y ordenó su expulsión del territorio nacional con carácter permanente (fs. 389/390), decisión que fue impugnada por el afectado, pero que agotada las vías de recurso disponibles ha quedado firme; **g)** esa expulsión no se había ejecutado todavía cuando, por decisión de 14 de julio de 2011, dictada a instancias de la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito de la Procuración General de la Nación, que se había presentado en el interés de la víctima sobreviviente, Matías Bagnato, el juez de ejecución ordenó la reapertura del legajo de ejecución, y la detención de Fructuoso Álvarez González a fin de continuar con la ejecución de la pena de prisión perpetua que se le había impuesto (fs. 457/467), detención que se hizo efectiva el 3 de diciembre de 2011; **h)** ninguno de los recursos interpuestos contra esa decisión tuvo éxito, por lo que la pena de prisión perpetua impuesta al condenado se continúa ejecutando bajo la

supervisión del juez a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 de esta ciudad.

El Defensor Público del condenado ha promovido entonces ante el juez de ejecución una petición de extrañamiento con invocación de la ley 25.871 para obtener la ejecución de la orden de expulsión de la Dirección Nacional de Migraciones que se encontraba vigente y firme (fs. 436). El juez de ejecución le ha dado a esa petición el trámite de una incidencia de ejecución y ha pedido informes (fs. 437) que dieron lugar a la contestación de esa Dirección Nacional por la que se solicitó al juez que informara si ha cesado el interés judicial sobre el extranjero, o bien, si considera aplicable el procedimiento de extrañamiento, previsto en el art. 64 de la ley 25.871 (fs. 466). La Unidad Fiscal de Ejecución Penal ha solicitado que se rechazase el pedido de extrañamiento promovido ante el juez de ejecución (fs. 457/461); a su vez la Defensa Pública ha contestado que corresponde autorizar el extrañamiento de Fructuoso Álvarez González por aplicación del art. 64, inc. a, de la ley 25.871 (fs. 479/ 462).

Contra la decisión del juez a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 de esta ciudad, por la que resolvió: “I.- NO HACER LUGAR al pedido de EXTRAÑAMIENTO del sentenciado FRUCTUOSO ÁLVAREZ GONZALEZ, formulado en el presente Legajo Nro. 19.794 y respecto de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 (art. 64, inc. 1°a *contrario sensu* de la ley 25.871” (fs. 497/503 del legajo de ejecución de la pena, que en copia obra a fs. 67/73 de este legajo), la Defensa Pública ha interpuesto recurso de casación (fs. 78/85).

Con cita del art. 456, inc. 1, CPPN, alega la Defensa Pública que el juez de ejecución ha incurrido en errónea aplicación del art. 64, inc. a, de la Ley de Migraciones n° 25.871. Alega también inobservancia del art. 123 CPPN, y arbitrariedad, con cita del art. 456, inc. 2, CPPN. Pretende en definitiva que se case la decisión recurrida y se autorice el extrañamiento de Fructuoso Álvarez González.

2. Al momento de examinar la admisibilidad del recurso concedido, observo que el juez de ejecución ha dictado la decisión de fs.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

410/414 después de haberle dado la sustanciación y trámite de una incidencia de ejecución promovida por la Defensa Pública en favor del condenado.

Aunque las decisiones adoptadas en tal clase de trámite son recurribles por vía de casación según el art. 491 CPPN, su impugnabilidad está sujeta a la legitimación para recurrir contra ellas.

En la audiencia celebrada ante esta Sala, el patrocinante del señor Matías Bagnato ha objetado, con cita de una decisión de esta Sala, que en la especie no se presenta un caso judicial. Ha argumentado que el condenado pretende, por la vía de ejecución de la orden administrativa de expulsión, la libertad anticipada a la fecha en que podría promover un pedido de libertad condicional, y ha rechazado la procedencia de la incidencia señalando que el extrañamiento no es un derecho del condenado sino una facultad del Estado, por lo que no hay caso jurisdiccional, porque lo que pide el condenado es que se lo expulse y la incidencia de ejecución no es la vía para obtener la expulsión.

A este respecto, adelanto, que la Defensa Pública carecía de legitimación para promover la incidencia que instó a fs. 436, y por ende, aunque adversa a sus pretensiones la decisión de la incidencia, carece igualmente de legitimación para recurrir de ella, pues no se presenta en la especie el presupuesto del art. 432 CPPN.

Esta disposición general, común a todos los recursos, declara que las “*resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley*” y aclarando que “*el derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo.*”

Se interpreta en la doctrina que desde “el punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación subjetiva. Debe ocasionarle un gravamen, esto es, un perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad. El elemento ‘perjuicio’ o ‘desventaja’ es esencial en la definición de los medios de impugnación” (DE LA RUA, Fernando, *La Casación Penal. El*

recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, LexisNexis, Bs. As. 2006, pág. 187).

Desde esta perspectiva, no cualquier interés indirecto legitima a impugnar una decisión judicial adversa a una pretensión, sino sólo el interés en hacer valer un derecho o una libertad restringida de modo ilegal o ilegítimo por esa decisión. Ello conduce a examinar si el dispositivo I de la decisión del juez de ejecución cuya revisión pretende promover el condenado restringe un derecho o una libertad del condenado, reconocido por la ley, o, en otros términos, si el condenado tiene un derecho a que se ordene su expulsión, y en su caso a que se ejecute una orden de expulsión firme mediante extrañamiento. Sólo en caso afirmativo sobre la existencia de tal derecho procedería ulteriormente examinar si ha de reconocérsele al condenado una vía judicial ante el juez que supervisa la ejecución de su pena para asegurar la ejecución, y una vía de recurso para revocar lo decidido por el juez de ejecución, que ha resuelto no autorizar el extrañamiento.

Esta cuestión presupone el reconocimiento de la hipótesis según la cual existiría un derecho a ser expulsado de todo extranjero cuya residencia ha sido declarada irregular, y una restricción ilegal o ilegítima a ese derecho, cuestión que no debe confundirse con el eventual conflicto que pudiera suscitarse entre distintas ramas del Gobierno que podría plantear la existencia de una orden administrativa de expulsión dictada por la autoridad migratoria del Poder Ejecutivo, y una orden judicial dictada por un juez o tribunal que no tiene competencia de revisión de la legalidad o legitimidad de la orden administrativa, declarando que la expulsión no procede. Pues en este caso se trata de un conflicto de derecho público en el que el alcanzado por la orden de expulsión no tiene un interés legítimo a garantizar y ni por ende ninguna legitimación para intervenir.

Esta distinción requiere de dos aclaraciones: a) el extranjero afectado por una orden administrativa de expulsión debe tener aseguradas las vías legales, incluso al menos una vía de recurso ante un juez o tribunal, para contestar la legalidad o legitimidad de la orden de expulsión, y oponerse a ella; b) si el afectado por la orden de expulsión la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

consiente, o no tiene ya un recurso disponible contra ella, la disponibilidad de una vía administrativa o judicial para promover la ejecución de la expulsión estará condicionada a la afirmación de la existencia de un derecho del extranjero a ser expulsado.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado ya esta Sala, por mayoría, en el caso “*Giménez Güell, Carlos Daniel s/extrañamiento*” (causa n° 24.807/2015/3/CNC1, Sala I, rta. 15/12/2017, reg. n° 1366/2017), cuyas consideraciones y fundamentos reproduciré a continuación en lo pertinente.

3. 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 vías 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 de 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 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. En el supuesto del art. 64, inc. a, se regula la ejecutoriedad de la orden de expulsión, y el efecto de la ejecución de la expulsión mediante extrañamiento cuando recae sobre 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 del inciso a del art. 64 de esa ley 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. En el caso de las penas de prisión temporales esta declaración presupone una constatación *judicial* de la fecha de agotamiento de la pena fijada en el respectivo cómputo y del estadio

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

alcanzado en la ejecución para determinar si se reúne el presupuesto para poder solicitar la concesión de salidas transitorias; en el caso de las penas de prisión perpetuas –si la ley aplicable al caso admitiese respecto de estas penas el régimen de salidas transitorias- presupone una declaración sobre si el condenado ha satisfecho –según la ley aplicable- los presupuestos para promover una autorización de salidas transitorias. En ambos casos, supone adicionalmente 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 primer párrafo del art. 64 de la ley comienza declarando que “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:

[...]”, de donde cabe distinguir entre el acto administrativo como expresión formal de la voluntad estatal de expulsar al extranjero, y la ejecución posterior, que requiere de la firmeza del acto, y de otras condiciones adicionales.

Hay por cierto vías recursivas provistas por la ley al extranjero alcanzado por el acto administrativo de expulsión para oponerse a ella, no hay sin embargo ninguna vía para promover su ejecución, porque, como se verá, hay un derecho del extranjero *a no ser expulsado* si no se dan todos los presupuestos de la ley, pero no hay un derecho del extranjero *a ser expulsado*, o en otros términos, a que se ejecute una orden firme de expulsión dictada por la autoridad migratoria mediante el extrañamiento.

4. Esta Sala ha declarado en el caso “*Giménez Güell*” (cit.), que el extrañamiento no constituye un derecho del condenado. Reproduciré a continuación los fundamentos.

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 imponen 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 o accesoria por la realización de una conducta

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

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 transpira de los arts. 61 y 62 de la ley 25.871.

El carácter discrecional del acto de potestad estatal de expulsión administrativa de extranjeros 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, doc. A/CN.4/573, 20 de junio de 2006, 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” (*ibídem*, párr. 193).

En línea con esa concepción 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 la 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.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

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 del Pacto es un título legítimo para la restricción del derecho fundamental del individuo a salir libremente del país en cuyo territorio se encuentra cumpliendo la pena. 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. A su vez, 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. *A fortiori*, tampoco hay un derecho a un recurso o vía administrativa o judicial para promover la ejecución de una decisión de expulsión ya dictada. 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 a cierta discreción de la autoridad de aplicación en cada caso concreto.

La defensa pública ha alegado en la audiencia celebrada ante esta Sala que el examen de conveniencia de la expulsión compete a la Dirección Nacional de Migraciones y no al juez de ejecución, que la orden de expulsión se encuentra firme y es ejecutable, y que el oficio de fs. 124 no da cuenta de la existencia de un acto administrativo de revocación de la orden de expulsión.

En su presentación en plazo de oficina, el Defensor Público había ya sostenido que “La expulsión del país, propiamente dicha, entonces, corresponde a la autoridad administrativa, una vez

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

comprobados los requisitos que habilitan su ejecución inmediata. El poder judicial, en principio, no puede intervenir en esta decisión ni decidir sobre la oportunidad, mérito y conveniencia para pronunciar y llevar a cabo el acto. Sólo, eventualmente, podría influir en la ejecución del extrañamiento a través del control de constitucionalidad correspondiente, o bien, en su caso, impidiendo la expulsión en virtud de la existencia de un proceso abierto [...] El Poder Judicial carece de jurisdicción para impedir el extrañamiento por cualquier razón ajena a tales exigencias, como criterios de oportunidad o política criminal o migratoria que competen al legislador”.

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 cualquier 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 pudo eventualmente suscitarse una incidencia típica de ejecución de la pena, cual es el Tratado celebrado entre la República Argentina y el Reino de España sobre Traslado de Condenados, aprobado por ley 24.036, incidencia que *sólo puede promover el condenado o quien actúe en su nombre* (art. 6) a fin de que la pena de prisión perpetua impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 12 pudiese ser ejecutada y cumplida por el condenado en el territorio del Estado parte del cual éste es nacional (art. 10).

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, a diferencia de los de los 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 ya había sido ejercida por el condenado en este caso, y concedida. Sin embargo, transferido el condenado, y puesto en libertad por el Reino de España, los tribunales argentinos han declarado que la pena de prisión perpetua no se había

agotado (confr. fs. 457/467) y dispusieron la detención del condenado y la reanudación de la ejecución en un establecimiento del Servicio Penitenciario Federal. Esa decisión ha quedado firme, no cabe volver sobre ella, ni tampoco reexaminar la posibilidad de una nueva transferencia de la ejecución de la pena, sobre la que, por lo demás, no se ha promovido ninguna instancia.

b. Sentado ello, se sigue que el extranjero 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, ni tampoco para disponer la ejecución de una tal orden.

Por cierto, compete al juez de ejecución declarar –a pedido de la autoridad migratoria- si están reunidos todos los presupuestos legales que habilitarían la ejecución de la orden por la segunda, pero no compete a éste decidir sobre ninguna pretensión de ejecución del alcanzado por la orden de expulsión.

Para la comprensión de esta afirmación es del caso subrayar que una decisión administrativa de expulsión, cuya ejecución mediante extrañamiento tuviese por efecto interrumpir la ejecución de una pena privativa de libertad según el art. 64 de la ley 25.871, 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 del Poder Ejecutivo 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.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

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 según estén cumplidos o no los presupuestos legales, 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.

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 una parte de la argumentación que el Defensor Público ha presentado en su ampliación de fundamentos en el plazo de oficina. Allí ha sostenido, que “La expulsión del país, propiamente dicha [...] corresponde a la autoridad administrativa, una vez comprobados los requisitos que habilitan su ejecución inmediata. El poder judicial, en principio, no puede intervenir en esta decisión ni decidir sobre la oportunidad, mérito y conveniencia para pronunciar y llevar a cabo el acto. Sólo, eventualmente, podría influir en la ejecución del extrañamiento a través del control de constitucionalidad

correspondiente, o bien, en su caso, impidiendo la expulsión en virtud de la existencia de un proceso abierto. A su vez, el Poder Ejecutivo también depende de la autoridad judicial para tener por cumplido el requisito temporal, pues el cómputo del tiempo de detención sufrido es un acto claramente jurisdiccional (artículo 493 del Código Procesal Penal de la Nación)”. Afirma también la Defensa Pública que “El Poder Judicial carece de jurisdicción para impedir el extrañamiento por cualquier razón ajena a tales exigencias, como criterios de oportunidad o política criminal o migratoria que competen al legislador [...] la expulsión inmediata durante la ejecución de la condena se sustenta en un mandato legal, por lo que la autoridad judicial sólo podría impedirla a través del control de constitucionalidad en el caso concreto o en función de haber comprobado la no verificación de alguno de los requisitos”. Estas afirmaciones están en gran parte en línea con lo que se viene diciendo más arriba, lo paradójico son otras observaciones que hace ulteriormente, tales como que “Una vez firme el decisorio, la actitud o falta de voluntad del justiciable carece de absoluta relevancia. *Esto es así, incluso si Álvarez quisiera que lo expulsen. El Estado no estaría obligado a ello por ninguna disposición.* Tal decisión, como su oportunidad, están reservadas al Poder Ejecutivo y legislativo que reguló expresamente sobre ello en el art. 64.a)”. No obstante lo cual a continuación afirma que “pese a los recursos interpuestos, el Poder Judicial también confirmó esa decisión política-migratoria. Frente a ello, aquí se cuestiona que *el Estado debe proceder conforme a la ley y debe hacerlo en la oportunidad en que ésta lo prevé, con independencia de la voluntad del sujeto pasivo.* El reclamo que se efectúa aquí no es que el Estado decida expulsar a Álvarez y resignar el cumplimiento de la pena, esto ya ha sido decidido. *Se reclama el cumplimiento de ello, centralmente porque una vez que no se logró que el Estado desista de expulsar a Álvarez se abre una regulación diferente que no atiende a la prevención especial puesto que se ha decidido no reinsertar en nuestro medio al condenado. [...] Se reclama aquí el cumplimiento de la ley por cuanto ello tendrá impacto directo en la modalidad de ejecución de la pena y en su mecanismo de extinción*”. La paradoja se resume en que se admite que el condenado extranjero no tiene un derecho a reclamar su expulsión, que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

una decisión de este tenor remite a criterios de oportunidad o política criminal o migratoria, y que el Estado tendría una cierta discrecionalidad porque podría “desistir de expulsar” al condenado, pero al mismo tiempo se pretende que el condenado extranjero tendría derecho a reclamar el cumplimiento de la ley, no por esas razones, sino por el efecto de la ejecución de la expulsión en el ámbito de la ejecución de la pena y en particular en su extinción.

No se fundamenta sin embargo cómo puede superarse el problema lógico que se plantea frente al reconocimiento de que no habría un derecho a promover una decisión administrativa de la propia expulsión, pero sí lo habría para hacer ejecutar lo que no se puede reclamar como derecho subjetivo.

Evoco que en el caso “*Giménez Güell*” (cit.) he destacado ya que el art. 64 puede suscitar cuestiones problemáticas al momento de balancear decisiones concretas de política migratoria, y necesidades político criminales asociadas a la ejecución de una pena de prisión impuesta por los jueces de la República Argentina, que no corresponde abordar a los jueces de ejecución, sino a otras autoridades estatales competentes para tomar *decisiones político-criminales sobre la necesidad de ejercicio del ius puniendi* en un caso determinado.

La ley 25.871 ha asumido una determinada línea general de política migratoria, y ha delegado en la autoridad de aplicación dependiente del Poder Ejecutivo la aplicación en cada caso concreto de aquellos criterios políticos, en los que los jueces de ejecución penal no han sido llamados a terciar. En efecto, 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.

Dicho esto, se presenta necesaria una consideración adicional en tanto el representante del Ministerio Público ha alegado en la audiencia que en tanto la expulsión a tenor del art. 64, inc. a, de la ley de migraciones, pone en juego la extinción de la pena, “el Ministerio Público Fiscal quiere discutir la ejecución de la expulsión” porque, según afirma, tiene interés en que se siga ejecutando la pena impuesta.

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 requiere esencialmente de una 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, ponderación que es extraña a la función de los tribunales de justicia en un sistema republicano.

Según su tesis, la única vía para discutir tal punto sería la del art. 491 CPPN, tesis que es incorrecta, porque las cuestiones político-criminales y las cuestiones de política migratoria, que susciten

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia no pueden ser sometidas a los jueces, ni arbitradas por éstos. No es pues la vía judicial del art. 491 CPPN el recurso idóneo para zanjar eventuales diferencias entre autoridades estatales en punto a lo que es más adecuado ponderar como preponderante en cada caso. Esa discusión debe ser establecida en otro ámbito, no necesariamente contencioso, en el que el Ministerio Público plantee al Poder Ejecutivo sus pretensiones sobre del título que da la condena firme a pena de prisión. Pues el Ministerio Público Fiscal de la Nación no tiene un cometido ceñido con exclusividad a lo contencioso, sino que “tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, *de los intereses generales de la sociedad*, en coordinación con las demás autoridades de la República” (art. 120 CN). De modo que, aún en defecto de impugnación de constitucionalidad de la disposición de la ley migratoria, tiene a su alcance presentar su posición sobre los intereses generales en la ejecución de una pena determinada, en un caso concreto determinado, ante las autoridades del Poder Ejecutivo, para que se atienda su posición sobre esos intereses antes de decidir si se ejecutará la orden de expulsión, o si aparece adecuado suspender su ejecución o su revocación. El remate final del art. 120 CN que explicita que el Ministerio Público Fiscal promueve la actuación de la justicia “*en coordinación con las demás autoridades de la República*”, carecería de todo sentido si no se le reconociese al Ministerio Público que es inherente a ello que pueda dirigir sus peticiones a otros poderes u órganos del Estado, para promover la defensa coordinada de los intereses generales de la sociedad.

De modo que, por regla, 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.

c. Concluyo, pues, que en vistas de que el condenado no tiene derecho a promover la ejecución de una orden administrativa de expulsión dictada por el Director Nacional de Migraciones, que se

encuentra firme, entonces tampoco derecho para impugnar una decisión judicial que –sin abrir juicio sobre su acierto- ha desautorizado a esa rama de la administración para llevar adelante la ejecución, y por ende tampoco para promover la reforma o corrección de aquella decisión judicial. Pues así como donde hay un derecho debe haber una vía judicial, si se concluye que tal derecho no tiene base legal, corresponde el rechazo del recurso contra una decisión adversa a una pretensión no fundada en un derecho. No se trata, en rigor, como lo pretende el letrado patrocinante de la víctima, de que no habría un caso judicial, pues de hecho lo hay: el objeto de ese caso es decidir si el condenado extranjero tiene un derecho a reclamar por vía judicial una determinada actuación administrativa para ejecutar un acto administrativo de expulsión del territorio. La respuesta es negativa.

5. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo que se rechace el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública contra la decisión de fs. 497/503, con costas (arts. 470, *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Así voto.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

Al repasar los argumentos brindados en los votos que anteceden, poco es lo que puedo agregar a la solución que proponen mis queridos colegas Niño y García, en el sentido de que no prospere el planteo de la defensa para que el condenado Fructuoso Álvarez González, extranjero de nacionalidad española, pueda ser enviado a su país de origen, **por segunda vez**.

Como fuera desarrollado precedentemente, mientras Álvarez González cumplía con esa pena en nuestro país, y que ya se encontraba firme para nuestra legislación, a través de su defensa se solicitó la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º del tratado celebrado con el Reino de España sobre Traslado de Personas Condenadas (Ley n° 24036), por lo que el 22 de diciembre de 2003, al encontrarse cumplidos los requisitos legales correspondientes, se autorizó su traslado a España y se archivaron las actuaciones.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

Lo cierto es que en España, cerca de cinco años después, el 22 de noviembre de 2008, la Sección 3era. en lo Penal de la Audiencia Nacional con sede en Madrid, consideró cumplida -en el marco de la legislación española- la pena impuesta y dispuso su libertad. Como sabemos, ya en libertad, Álvarez González decidió regresar a la Argentina, lo que, según informó la Dirección Nacional de Migraciones, se concretó el 8 de diciembre de 2009, provocando a su vez el desarchivo del expediente. En realidad, lo que provocó que el asunto se (re)activara, no fue un debido control migratorio que detectó el (re)ingreso al país de Álvarez González. Fue la denuncia efectuada por Matías Pablo Bagnato -único sobreviviente del hecho por el cual Álvarez González había sido condenado a prisión perpetua en este país-, quien hizo saber que el nombrado, lo había hecho y, además, le estaba realizando llamadas telefónicas similares a las que les había hecho a su grupo familiar antes de que los matara.

Sin perjuicio de la suerte corrida por esa denuncia, lo cierto es que Álvarez González efectivamente fue encontrado en nuestro país, detenido nuevamente y, actualmente, desde el 3 de diciembre de 2011, se encuentra cumpliendo la pena impuesta oportunamente, sin perjuicio de lo decidido en España cuando fue enviado allí originariamente. Como señalan los votos que anteceden, esta cuestión no admite discusión en lo específico, por haberlo resuelto la CSJN al rechazar, el 3 de noviembre de 2015, la queja interpuesta por el recurso extraordinario denegado por la CFCP (cfr. fs. 943/944). El reingreso al país determinó que, el vínculo jurídico que se generó entre el Estado argentino y el individuo extranjero beneficiario, se extinguiera.

Por ello, básicamente lo que debemos responder ahora es, si un extranjero condenado en nuestro país, trasladado en base a un tratado para que cumpla con la pena impuesta aquí en su país, reingresa, si puede acceder, ahora, a un extrañamiento. Máxime cuando existe una nueva decisión de expulsión de la Dirección Nacional de Migraciones n° 129.189, del 3 de septiembre de 2010, que cuestionada por el condenado, y luego de varias instancias de impugnación, quedó firme en septiembre

de 2016 y, ahora, el condenado a través de su defensa exige que el extrañamiento sea ejecutado, por haber adquirido firmeza esa decisión.

Obviamente, lo que busca la defensa es que Álvarez González sea enviado nuevamente a España para que recupere su libertad, ya que en ese país la pena impuesta se ha tenido por cumplida. En este sentido, con solvencia, el señor defensor oficial Alderete Lobo, respondió más allá de su acierto o error, a la pregunta que el tribunal le digiera en la audiencia, justificando y dando carácter al motivo central de su agravio (art. 445, CPPN).

2. Antes de que se celebrara la audiencia del pasado 12 de abril, la suerte del caso estaba prácticamente echada, por lo que habíamos resuelto con el juez García en el caso “**Giménez Güell**”, ocasión en la que se discutía una situación atinente a una problemática similar, sólo que respecto de un uruguayo. *Mutatis mutandi*, lo dicho en aquella oportunidad, es de aplicación a este supuesto, en el sentido de que no hay un derecho al extrañamiento. Por otra parte, y, en segundo lugar, si alguien obtuvo su salida del país en base a la aplicación de un tratado y reingresa al país, no puede acceder a un segundo traslado o extrañamiento si, de acuerdo a nuestra legislación, al extranjero aún le resta cumplir con la pena de privación de libertad impuesta en nuestro país; lo cual, en el caso, quedó zanjado previamente en sede judicial.

Como se señaló más arriba, el vínculo jurídico que se generó entre el Estado argentino y el individuo extranjero beneficiario, producto del tratado sobre personas condenadas en uno y otro país, se extinguió.

Por ese motivo, pendiente aún de cumplimiento la pena de prisión impuesta en nuestro país y sin perjuicio de la nueva orden de expulsión dispuesta por la DGM, el Poder Judicial, a través de “*los jueces de ejecución*”, y sus instancias de revisión, no son competentes para dar “*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. Una incidencia a tenor del art. 64 —es decir, que la autoridad de aplicación emitiese una orden de expulsión y extrañamiento que tiene por efecto interrumpir la ejecución*”

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2

de la pena privativa de libertad, cuestión que no responde a ninguna de las finalidades de los arts. 1 y 6 de la ley 24.660- 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, puesto que tales 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. De modo que los jueces tampoco tienen jurisdicción 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’⁶.

Con lo dicho hasta aquí queda claro, a mi criterio, que se debe rechazar la petición, acompañando los fundamentos concordantes de los colegas preopinantes, pero en cuanto a la solución final que proponen, y sin perjuicio de lo sostenido y resuelto en “**Giménez Güell**”, considero que, admitido el recurso por la Sala de Turno (cfr. fs. 95 del presente legajo), y luego de haber escuchado a las partes en la audiencia, donde la víctima, sus representantes técnicos y la fiscalía tuvieron oportunidad de ser oídos, y el representante de la Defensoría Oficial tuvo oportunidad de presentar su caso, aclarando cuál era concretamente su agravio, considero que, en el marco de amplia competencia que nos asigna lo dispuesto en el art. 491, CPPN⁷, conforme lo dispone el art. 445 del CPPN, el recurso debe ser rechazado como lo propone el colega García.

Así voto.-

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

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 511/518 –que en copia obra a fs. 78/85/vta., contra la sentencia de fs. 497/503 –que obra en copia a fs. 67/73– y en

⁶ Voto del juez García en la causa “**Giménez Güell, Carlos Daniel s/ extrañamiento**”, Sala 1, Reg. n° 1366/2017, rta. 15/12/2017, al que adherí en su momento.

⁷ “**Romero Cacharane**” (Fallos: 327:388).

consecuencia **CONFIRMAR** la resolución impugnada, con costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis F. Niño

Gustavo A. Bruzzone

Luis M. García.

Ante mí:

Santiago Alberto López
Secretaria de Cámara