

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

REGISTRO NRO. 14.777 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de abril de dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 166/168, de la presente causa Nro. 9778 del Registro de esta Sala, caratulada: "**CONDORI CHOQUE, Javier s/recurso de casación**", de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, provincia homónima, con fecha 19 de agosto de 2008, en la causa Nro.2869/08 de su Registro, resolvió RECHAZAR la solicitud de extrañamiento de Javier Condori Choque (fs. 164).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el señor Fiscal General, doctor Julio Homero Robles, el que fue concedido a fs. 169/vta. y mantenido a fs. 179 por el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Juan M. Romero Victorica.

III. Que el recurrente encarriló su impugnación por vía de ambos motivos previstos en el art. 456 del C.P.P.N.

Denunció inobservancia de las normas contenidas en el art. 22.439. Recordó en tal sentido que con fecha 4 de octubre de 2000, por resolución obrante a fs. 16, se dispuso declarar ilegal el ingreso y permanencia en el país de Javier Condori Choque y se ordenó su expulsión y que, conforme se desprende de fs. 17, dicha resolución fue notificada al nombrado de modo tal que quedó firme y consentida.

Asimismo, puntualizó que a fs. 157 el tribunal citó a las partes a

juicio en los términos del art. 354 del C.P.P.N., oportunidad en la que, mediante dictamen de fs. 158, esa parte solicitó el extrañamiento del imputado y el archivo de la causa. Sin embargo, relató, el tribunal previo a expedirse, solicitó un informe a la Dirección Nacional de Migraciones quien se expidió a fs. 161/162 donde se dijo que el nombrado tenía concedida una residencia precaria con vencimiento en fecha 20/02/00 y que, desde ese momento, nunca se había presentado a regularizar su situación migratoria.

Así fue que, con la sola mención de ese informe y sin efectuar valoración alguna, se rechazó el pedido efectuado por ese ministerio.

En tales circunstancias, argumentó que cuando se dispuso el extrañamiento del encausado, se encontraba en plena vigencia la ley 22.439 y el decreto reglamentario 1023/94, en cuyo art. 81, inciso a), se prescribía que era ilegal el ingreso y permanencia en el territorio de la República de todo ciudadano extranjero que hubiere ingresado sin haberse sometido al control migratorio y que, en el inciso d), se calificaba de igualmente ilegal la permanencia en la república una vez vencido el término autorizado.

A mayor abundamiento, agregó que el art. 21, inciso d) del mismo cuerpo legal, prescribía que un extranjero procesado por delitos comunes que merezcan pena privativa de libertad de dos años o más, estaba absolutamente inhabilitado para ser admitido y/o permanecer en el país bajo cualquier categoría migratoria. Apuntó que bajo la vigencia de las citadas normas fue dictada la resolución de fs. 16 (firme y consentida) y la circunstancia de que hubiera entrado en vigencia la nueva ley de migraciones nro. 25.871/04 con posterioridad, en nada ha morigerado ni beneficiado la situación del procesado, pues el art. 29 de la misma ley sigue manteniendo como causa impeditiva para el ingreso y permanencia en el país, la presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera falsa o adulterada (como lo hizo Condori Choque) como así por

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

haber ingresado eludiendo el control migratorio (inciso a, *i*) y bajo este estado, el art. 37 también lo declara pasible de expulsión, al igual que el art. 64, inciso c), al igual que el art. 64, inciso c).

Así, concluyó en que aún hasta la fecha, si permanece en el país lo es en calidad de ilegal por cuanto conforme consta en el informe de fs. 162, éste nunca se presentó a regularizar su situación migratoria.

Por la vía prevista en el inciso 2º, del art. 456 del C.P.P.N., cuestionó el fallo recurrido por falta de motivación.

Señaló que el tribunal se limitó a rechazar su pretensión con una alusión genérica de la ley 25.871 -sin precisión de articulado alguno- y con mención de los informes emitidos por la DNM a fs. 161/162.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 181/182 el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Juan M. Romero Victorica, y compartiendo los argumentos dados por la vía prevista en el segundo motivo casatorio por su antecesor, solicitó se haga lugar el reclamo.

En la misma oportunidad procesal se presentó a fs. 184/187 el señor Defensor Público Oficial ante esta instancia, doctor Juan Carlos Sambucetti (h) y, emitió su dictamen sobre la base de los siguientes argumentos:

En primer término, sostuvo que la resolución impugnada no satisface los requisitos exigidos por el art. 457 del ordenamiento procesal, toda vez que ordena la continuación del proceso hacia el juicio oral.

Además, sostuvo que el primer agravio articulado por el Ministerio Público Fiscal, no se encontraba debidamente fundamentado y que no se demostraba de qué manera genera un agravio para el Ministerio Público Fiscal que se celebra un juicio oral al imputado Condori Choque.

Por otra parte, destacó que las normas invocadas por el

representante de la *vindicta pública* no resultaban aplicables al *sub judice* por cuanto del auto de procesamiento dictado en relación a su pupilo se desprende que éste ingresó al país por un paso fronterizo habilitado, mientras que, a su modo de ver, las normas invocadas (arts. 29 y 37 de la ley 25.871), no prevén ese supuesto.

En otro orden, solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 64, inciso c), de la ley 25.871 en cuanto prescribe que “Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentran en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de c) el procesamiento de un extranjero sobre el cual pesa una orden de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de las medidas curativas que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero”.

Argumentó que la norma *supra* transcrita resulta violatoria del principio de inocencia y del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, ambos reconocidos por el derecho internacional. Ello es así, dijo, porque la posibilidad que el Estado Argentino expulse a un ciudadano sin constatar legalmente y por medio de la sustanciación de un juicio justo, su culpabilidad; pone en evidencia que, tratándose de un extranjero, basta con el dictado de un procesamiento y ello, a su vez, conculca en principio de igualdad.

V. Que superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano González Palazo y Augusto M. Diez Ojeda.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

I. Dado que el recurso resulta formalmente admisible a la luz de los arts. 438, 456, 457, 458 y 463 del C.P.P.N., cabe analizar entonces los puntuales cuestionamientos traídos a estudio por el recurrente para fundar la vía casatoria intentada.

II. La inspección jurisdiccional que se reclama a esta alzada se centra en decidir si asiste razón o no al recurrente en su reclamo relativo a que el tribunal *a quo* ha rechazado de modo infundado y en contra de la normativa vigente el pedido de extrañamiento del imputado Javier Condori Choque.

Veamos. En oportunidad de resolver la petición efectuada por el representante de la *vindicta pública*, el tribunal *a quo* sostuvo que a fs. 161/162, la Delegación Salta de la Dirección Nacional de Migraciones había informado que el imputado poseía un certificado de residencia precario vencido y que se encontraba pendiente la resolución de su residencia legal en el país, lo que se hallaba tramitando bajo el expediente nro. 826281/1999 y que, por tal motivo, y en orden a lo dispuesto por la ley 25.871, correspondía rechazar la expulsión del país reclamada por el señor Fiscal General (*vid.* fs. 164).

Ahora bien, cabe tener presente, en primer término, que el informe al que hace alusión el sentenciante de grado para rechazar el pedido del Fiscal, si bien consigna que se encuentra *“pendiente de resolución la situación migratoria”* de Condorí Choque, lo cierto es que también documenta que en el mes de noviembre de 1999 éste se presentó a regularizarse, oportunidad en la que se le otorgó un certificado de residencia precaria (cfr. art. 20 de la ley 25.871) y que, conforme su misma naturaleza, éste venció transcurridos 180 días, es decir, el 20 de febrero de 2000, fecha desde la cual *“el causante no se ha presentado a completar la documentación con el fin de obtener su radiación en la República Argentina”* (fs. 162). Esta circunstancia no fue siquiera mencionada por el

tribunal *a quo* quien sólo efectuó una lectura parcial de la citada nota.

Por otra parte, y aquí habré de acompañar al recurrente, del estudio de la resolución puesta en crisis de advierte que el tribunal no ha analizado siquiera mínimamente, el fundamento del solicitante relativo a que sobre el ciudadano Condorí Choque se encontraban reunidos los requisitos previstos en el inciso “c” del art. 64 de la ley 25.871 -auto de procesamiento y orden de expulsión firmes, *vid.* fs. 16 y 62/63 vta.-, texto legal que, por otra parte, ha sido explícitamente invocado de modo genérico por el tribunal, sin individualización de norma alguna que lo habilite a resolver del modo que aquí se impugna.

A fortiori cabe tener presente que la orden de expulsión firme que recae sobre el imputado data de fecha 4 de octubre de 2000, oportunidad en la que el nombrado intentó ingresar al territorio nacional exhibiendo el Documento Nacional de Identidad para extranjeros N° 93.087.123 a su nombre, presuntamente falso. De ello se desprende que la orden de expulsión del territorio dictada por Gendarmería Nacional, Escuadrón N° 20 “Orán”, fue dictada habiendo transcurrido mas de siete meses contados desde el vencimiento del certificado que lo autorizaba, provisoriamente, a permanecer en el país, sin que éste se hubiera presentado a acompañar la documentación pertinente para concluir el trámite lo que conduce a afirmar, como expresamente sostiene el señor Fiscal General, que se encuentra hace mas de ocho años en situación de ilegal.

De ello se colige que el tribunal *a quo* ha dictado la resolución que aquí se impugna sin efectuar un adecuado contralor de las constancias reunidas en la presente causa y sin analizar, asimismo, si las circunstancias de las que dan cuenta, tanto el certificado que invoca como la orden de la que se valió el Fiscal General para sostener su reclamo, habilitan a mantener, a la luz de lo dispuesto en el art. 29, inciso b) de la ley 25.871, la

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

permanencia del ciudadano extranjero Condorí Choque en nuestro territorio y a juzgarlo en orden al hechos que en estos actuados se le imputan.

Por último, en lo que al planteo de inconstitucionalidad efectuado en término de oficina por el señor Defensor Oficial ante esta instancia respecta, cabe recordar en primer lugar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 226:688; 242:73; 300:241, 1087; entre otros); lo que, a mi juicio, no sucede con el art. 64, inc. c), de la ley 25.871, por cuanto, sin perjuicio de la invocación de la conculcación al principio de inocencia, no sólo no se advierte sino que no explica el defensor, como se relaciona su reclamo con la potestad del Estado Argentino de expulsar a un ciudadano de su territorio sin haberlo sometido a un juicio justo, toda vez que, conforme la normativa en juego, las causas impeditivas de ingreso y permanencia en el territorio nacional, no necesariamente se hallan ligadas a la comisión de hechos ilícitos y, conforme se desprende de las constancias de la causa, su defendido se encuentra en situación irregular desde hace más de diez años, precisamente, por su propia inactividad.

Y, en relación con el trato desigualitario que la defensa invoca por la condición de extranjero del imputado, cabe tener presente que, al decir del Máximo Tribunal, la garantía de igualdad ante la ley que la Constitución consagra implica proporcionar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con

criterios arbitrarios (Fallos 323:1566).

A tenor de todo lo expuesto, voto por que se haga lugar al recurso de casación deducido por el señor Fiscal General, doctor Julio Homero Robles y en consecuencia, se anule la resolución recurrida, debiendo remitirse la presente causa al tribunal de origen a fin de que se expida sobre la cuestión sometida a su jurisdicción conforme a derecho. Sin costas (C.P.P.N., arts. 471, 530 y 532).

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Habré de adherir a la solución del voto que antecede.

II. Y es que, en primer lugar, el resolutorio en crisis luce claramente inmotivado, pues cuanto no expresa porque la permanencia del encausado en el país -máxime cuando no ha regularizado su situación migratoria conforme surge del informe de fs. 161/2-, permitiría soslayar la orden administrativa de expulsión de fs. 16 (la cual no fue impugnada por el encausado) y el procesamiento firme de fs. 62/63 vta..

III. En segundo lugar, la defensa pretende la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Política Migratoria Argentina N° 25.871 (B.O. 21-01-2004) en lo atinente al artículo 64, inciso c, el cual reza: "*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: c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero*".

Ahora bien, aquí asimismo habré de adherir a la solución que lidera el acuerdo en tanto el Alto Tribunal en un sinfín de oportunidades ha

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

señalado: “*que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable...*” (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, 1087; causa E. 73. XXI, “Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario”, fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros y, esta Sala, causa N° 2767, reg. N° 3328, “Duarte Nelia E. y otro s/recurso de queja”, rta. el 23 de febrero de 2000; causa N° 4876, reg. N° 6158, “Leguizamón, Néstor Osvaldo s/rec. de casación”, rta. el 5 de septiembre de 2003).

Es entonces que, a los efectos de evaluar la constitucionalidad de una norma, es preciso verificar que la misma a) otorgue justicia; b) promueva al bien común; y c) crear seguridad jurídica (*RADBRUCH, Gustav, "El espíritu del derecho inglés", Madrid, 1958, p. 65*).

De este modo, se impone evaluar que la normativa se vislumbre como una continuación armoniosa con los postulados constitucionales que lo guían desde el más alto rango del ordenamiento jurídico.

Y no soslayo que respecto del precedente invocado por la defensa, en vinculación con el principio de igualdad, cabe recordar en igual sentido las palabras del Máximo Tribunal: “*La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, o de ilegítima persecución*” (Fallos: 323:1566). Es decir que la Carta Magna impone una igualdad jurídica, no material, con

lo que no se objeta la disímil atención a situaciones materiales no análogas. Es así que no reclaman el mismo tratamiento el caso de un extranjero en situación migratoria irregular, que el de un inmigrante regularizado y el de un nacional debidamente documentado.

Hecha luz sobre la cuestión en debate, lo expresado oportunamente por la Sala I de esta Cámara: *“No obstante que lo manifestado demuestra que la norma en estudio no transgrede el art. 16 de la Ley Fundamental, valga aclarar que al Tribunal no se le pasa por alto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que “Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’, para justificar aquélla, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’” (Fallos: 311:2272). Lo que sucede es que esta doctrina no resulta aplicable al presente. En efecto, sólo será pasible de aplicación cuando, como hubo ocurrido en el caso del que se la extrajo, la ley restrinja al habitante extranjero algún derecho civil del que sí goza su similar de origen nacional (en dicho caso, específicamente, una ley de la Provincia de Buenos Aires, impedía a los extranjeros ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática), mas no cuando, como en el presente, a aquéllos se le acuerda un derecho que, por su condición, no le es otorgado a los nacionales...”* (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 28/02/2005, Chukura O’Kasili, Nicholas).

Es decir que la Corte entiende los alcances del concepto jurídico-constitucional de la igualdad, en el sentido de que: *“a) La igualdad*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara

exige un tratamiento uniforme a las personas que se hallan en iguales situaciones; b) Es vedado otorgar privilegios o excepciones excluyentes con relación a unos de las que se concede a otros comprendidos en las mismas circunstancias; c) El legislador y los jueces han de meritarse la diversidad de situaciones o condiciones que harían posibles determinadas diferencias; d) La regla de igualdad no es absoluta, pero las diferencias que el legislador establezca, no podrán devenir en reglas arbitrarias u hostiles; e) El criterio rector para aplicar el concepto de igualdad es el de razonabilidad; ello significa que el legislador puede establecer diferenciaciones, pero las mismas deben ser, ineluctablemente, razonables; f) La arbitrariedad deriva en la inconstitucionalidad de la ley, siendo que la arbitrariedad es, ni más ni menos, una conducta voluntarista o caprichosa contraria a la justicia y la razón. g) La desigualdad debe emerger del mismo texto de la norma, mas no de la interpretación judicial en cada caso

BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Buenos Aires, 1993, I-386).

Y es así que se advierte que la ley prevé el instituto del extrañamiento en beneficio del encausado, en tanto entiende que es la forma prevista a los efectos de lograr su acabada resocialización en el medio social de origen.

Así voto.

El **señor juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

Sellada la suerte del presente acuerdo, limitaré mi disenso en cuanto a que a mi criterio la resolución se encuentra suficientemente fundada, toda vez que, la regla legal invocada operará exclusivamente en el caso de que se le conceda la suspensión del juicio a prueba o se agote el procedimiento penal en curso. Lo propio ocurre con la orden de expulsión de fs. 16 en tanto la misma ha quedado supeditada a que "cese el interés de

las autoridades que la requieran [la persona], en razón que actualmente se encuentra detenida comunicada, a disposición del señor Juez Federal de Salta Nro. 1...”.

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

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por el señor Fiscal General, doctor Julio Homero Robles y, en consecuencia, **ANULAR** la resolución recurrida, y **REENVIAR** la presente causa al tribunal de origen a fin de que se expida sobre la cuestión sometida a su jurisdicción conforme a derecho. Sin costas (C.P.P.N., arts. 471, 530 y 532).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, provincia homónima, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara