

**Expulsión y traslado de extranjeros sometidos a proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal, en la Ley de Migraciones y en el Derecho Comparado: ¿materialización de derechos o violación de garantías?**

**por Dino Minoggio.**

## **I. Introducción**

El presente trabajo se centrará en analizar, por un lado, la ley de Migraciones nro. 25.871 (que fuera actualizada mediante decreto 70/2017) y, por otro, el nuevo sistema establecido en el artículo 35 del flamante Código Procesal Penal de la Nación (aprobado por ley 27.063; promulgado según decreto 2321/2014 y cuya aplicación se encuentra suspendida), en cuanto legislan la de expulsión de extranjeros que comenten delitos en el país. Ello, con el objeto de evaluar el apego de dichas normativas -o no- a ciertas garantías constitucionales (como, por ejemplo, el principio de intrascendencia de la pena) que se erigen como escudos protectores de los encausados frente al inmenso poder punitivo del estado.

En primer lugar, habré de destacar que el instituto referido se encuentra legislado en el nuevo Código Procesal, dentro del Libro Primero sobre Principios Fundamentales, puntualmente en lo que respecta a las Reglas de Disponibilidad. Así es como al regular la *suspensión del juicio a prueba*, el artículo 35 dispone: “...*La suspensión del proceso a prueba se aplicará en alguno de los siguientes casos:*

a) *Cuando el delito prevea un máximo de pena de tres (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido cinco (5) años desde el vencimiento de la pena;*

b) *Cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable;*

c) *Cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad.*

***En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá aplicarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el artículo 184 de este Código, que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco (5) años ni mayor de quince (15)...***

***...Los extranjeros en situación regular podrán solicitar la aplicación de una regla de conducta en el país...”.***

Con la mira puesta en la constitucionalidad o no de la citada disposición, en primer lugar analizaré la legislación actualmente vigente sobre el punto tanto desde el plano teórico como desde el fáctico, para luego establecer las diferencias que pueden advertirse entre ambas normativas.

Posteriormente y a fin de ampliar la visión sobre la temática, expondré brevemente cómo han legislado tal instituto otros países como Chile y España ya que, entiendo, resulta enriquecedor poner la mira en la legislación comparada para obtener de ella conclusiones, principalmente, en base a los resultados empíricos que hayan obtenido.

De esta manera, concluiré por responder la hipótesis que me planteara al comenzar este trabajo: “Expulsión y traslado de extranjeros sometidos a proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal: ¿materialización de derechos o violación de garantías?”.

## II. Desarrollo

### a) Legislación vigente sobre expulsión y traslado de extranjeros

La **Ley de Migraciones nro. 25781** (actualizada mediante decreto 70/2017) legisla todo lo relacionado al trato de los “*inmigrantes*”, definidos en el artículo 2 como “... *todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente...*”.

Asimismo, en el artículo 3 enumera los objetivos que constituirán el eje de la misma. Entre ellos -y en miras del objeto del presente trabajo- merecen ser destacado los siguientes: el inc. d) que establece la necesidad de “...**garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar...**” y los incs. f) y g) que sostienen que la normativa deberá “...**asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes...**” y “...**Promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias...**”.

De esta manera, se puede afirmar que nuestros legisladores le han otorgado gran importancia a la reunificación familiar y al trato de los extranjeros conforme a principios de no discriminación y, también, al respeto de sus derechos contemplados tanto dentro de nuestra Constitución Nacional como de todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal.

Ahora bien y ya en lo que respecta al objeto del presente trabajo, la ley en su artículo 29 prohíbe el ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional enumerando una serie de causas, entre ellas:

“...a) *La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada, o la omisión de informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de CINCO (5) años;* c) **Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad;** d) *Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas;* e) *Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional;*...i) *Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o haber incurrido o participado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior en la promoción de la prostitución, por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas...*”.

Con ello queda claro que la comisión de delitos siempre es un parámetro que se tiene en cuenta a la hora de prohibir el ingreso a nuestro país -y como veremos posteriormente al decidir expulsarlos-, pero siempre dichas causas encuentran un límite (previsto en el mismo artículo *ex fine*): “...La Dirección Nacional de Migraciones **únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las condiciones del último párrafo del presente artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m), y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa.**

Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque...”. Una vez más, **deben ser ponderadas no solo las razones humanitarias que pueda alegar el extranjero, sino su derecho a la reunificación familiar, tal como se señalara al comenzar este punto.**

Ahora bien, dicho ello, cabe preguntarse qué sucede en el caso de los extranjeros que desean ingresar al país, acreditando tener vínculo familiar en Argentina, pero tiene una condena que excede el monto de 3 años previsto en el citado artículo: ¿la excepción aplica siempre que existe necesidad de reunificación familiar o se verá limitada por este “tope”? Una interpretación en este último sentido, sería de dudosa constitucionalidad.

Continuando con el análisis de la normativa, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 62 de la ley en cuestión donde se regula directamente la **expulsión de los extranjeros**: “...La Dirección Nacional de Migraciones, podrá cancelar la residencia que hubiese otorgado, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y dispondrá la posterior expulsión, cuando:

...a) Con la finalidad de obtener un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina se hubiese articulado un hecho o un acto simulado o éste hubiese sido celebrado en fraude a la ley o con vicio del consentimiento o se hubiese presentado documentación material o ideológicamente falsa o adulterada o hubiese omitido informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad;

b) El residente hubiese sido condenado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, aunque dicha condena no se encuentre firme, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos y tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas;

c) El residente hubiese sido condenado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, aunque dicha condena no se encuentre firme, respecto de delitos distintos a los enumerados en el inciso b) y que merezcan para la legislación argentina penas privativas de la libertad...

En los casos en que sobre el extranjero recayere sentencia condenatoria firme en la REPÚBLICA ARGENTINA, la misma operará automáticamente cancelando la residencia cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y llevará implícita la expulsión...

**Excepcionalmente, en los casos comprendidos en los incisos a) y e), y en los supuestos del inciso c) y de cancelación automática, si el delito doloso mereciera para la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de**

**TRES (3) años de prisión, o cuando sea de carácter culposo, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá dispensar la cancelación de la residencia si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino.** Asimismo, se tendrá especialmente en consideración el tiempo que la persona lleve residiendo legalmente en el territorio nacional. Fuera de los supuestos expresamente enumerados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional regulado en el presente párrafo, sin perjuicio de las previsiones de la Ley N° 26.165.

**Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia.** A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque....”.

Aquí, nuevamente observamos, que la legislación solo habilita la dispensa de la expulsión, cuando se trata de condenas por delitos dolosos que no superen los tres años de prisión o bien, en caso de condenas por delitos a título de culpa, siempre que acrediten reunificación familiar con su cónyuge argentino, con su progenitor o con su hijo.

Asimismo, el artículo 63 agrega que: “...En todos los supuestos previstos por la presente ley:

a) **La cancelación de la residencia conlleva la conminación a hacer abandono del país dentro del plazo que se fije o la expulsión del Territorio Nacional tomando en consideración las circunstancias fácticas y personales del interesado, según lo establezca la Reglamentación;**

b) **La expulsión lleva implícita, en los casos en que la misma se fundara en la participación o en la comisión de un delito doloso, una prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a OCHO (8) años, y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones.**

c) **La expulsión en los casos no contemplados en el inciso b) lleva implícita la prohibición de reingreso por un mínimo de CINCO (5) años, y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. La prohibición de reingreso sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones....”.**

Lo antes transcripto, se completa con lo dispuesto por el artículo 64: “...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;**

b) **Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente;**

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...”.**

Por su parte, la **Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nro. 24660 promulgada el 8 de julio de 1996**, termina por regular lo relativo al objeto del presente trabajo. Así, el artículo 17 de la misma –al que refiere el artículo 64 de la Ley de

Migraciones- dispone que “...Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad se requiere:

*I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución:*

*a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena;*

*b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince (15) años;*

*c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años.*

*II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente...”.*

De esta manera y a fin de resumir la aplicación de la normativa antes citada, debe entenderse que toda persona extranjera juzgada y sentenciada por un tribunal argentino tiene dos opciones para retornar a su país de origen o el de su residencia habitual: *la expulsión y el traslado de condenados*<sup>1</sup>.

#### **i. Expulsión**

La *expulsión es una sanción migratoria aplicable a toda persona extranjera*: en el caso de las personas condenadas privadas de libertad implica la posibilidad de retornar a su país de origen o residencia habitual *a mitad de la condena impuesta, la extinción del resto de la pena y la prohibición de reingreso al territorio argentino por un tiempo igual o superior a la condena impuesta*, nunca inferior a ocho años.

Vale destacar que no todo extranjero puede ser expulsado sino que existen excepciones: *toda persona extranjera condenada a prisión que pueda demostrar fuerte arraigo en el país puede alegar esta circunstancia para evitar la expulsión* (por ejemplo, si es cónyuge o tiene hijos con residencia legal en la Argentina, o es padre/madre, hijo/a o cónyuge de un argentino nativo, siempre que el matrimonio hubiera sido celebrado con anterioridad al hecho que motiva la resolución, entre otros). La decisión final depende de la valoración que efectúe la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

Sobre el punto, cabe destacar que no habrá más opción que declarar la inconstitucionalidad de la última parte del artículo 62 de la ley de migraciones, en cuanto sólo habilita la no expulsión del extranjero si, de probarse su arraigo, la condena por un delito doloso fuera inferior a tres años de prisión. Ese tope atenta contra garantías elementales sobre las que volveré más adelante.

#### **ii. Traslado de condenados**

El traslado podrá ser solicitado por *cualquier extranjero sentenciado* en la Argentina a pena privativa de libertad o restricción de la misma, a pena de ejecución condicional o a medidas de seguridad *sin importar la nacionalidad del requirente*. Ello dado *que la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley 24.767) establece que toda persona de cualquier nacionalidad puede iniciar el trámite de traslado, exista o no un tratado específico entre los Estados involucrados* ya que de no haberse suscripto tratado alguno, el instituto se regirá por la citada ley en virtud del principio de subsidiariedad que la misma establece. En estos casos, la prosecución del trámite está

---

<sup>1</sup> “Información útil para ciudadanos extranjeros privados de la libertad en Argentina”; Procuración Penitenciaria de la Nación publicado el 28 de abril de 2015.

sujeta a que el otro país interviniente acepte la solicitud y acuerde sus condiciones con el Estado argentino.

Vale destacar que con varios Estados el instituto se encuentra regulado en forma específica y, a partir de la promulgación de la Ley 26.980 que aprueba la “Convención Interamericana para el cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero”, existe una obligación multilateral de cooperación que permite el traslado de personas sentenciadas entre la Argentina y Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, India, Nicaragua y República Checa, entre otros.

Asimismo, el traslado también es posible si existe en vigencia un tratado bilateral o multilateral específico tal como ocurre con Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, República Dominicana, España, México, Paraguay, Perú, Panamá, Venezuela y los Estados Partes del MERCOSUR.

En este sentido, el artículo 221 de la ley 24660 dispone que “..de acuerdo a lo previsto en los convenios y tratados internacionales: a) Los extranjeros condenados por los tribunales de la República podrán cumplir la pena impuesta en su país de origen; b) Los argentinos condenados en el extranjero podrán cumplir su pena en nuestro país...”.

Ahora bien, una vez iniciado el trámite de expulsión, la persona será notificada: si no desea ser expulsada es fundamental que señale su voluntad de permanecer en el país al ser notificado del inicio del trámite, el que posee dos etapas: ***una instancia administrativa y una judicial.***

El trámite administrativo, durante el cual se puede producir prueba e interponer recursos, finaliza con una decisión de la DNM acerca de la procedencia de la expulsión.

La decisión administrativa de DNM de expulsión puede, a su vez, ser discutida ante un juez contencioso administrativo federal. Es relevante destacar que si, en cambio, desea aceptar la expulsión, es recomendable que señale que consiente la decisión al ser notificado por DNM y que no tiene voluntad de interponer recursos.

Una vez ***firme y consentida la orden de expulsión***, la DNM solicita al juzgado de ejecución correspondiente una ***orden de “extrañamiento”***: la autoridad judicial debe verificar que no existan otras causas pendientes y que se haya cumplido la mitad de la condena y, luego de ello, deberá dictar la correspondiente orden de que autoriza la expulsión, notificándose al interesado y a la DNM.

El ***traslado no implica una modificación en el monto de la pena, se mantiene la condena impuesta por el tribunal argentino.*** Sin embargo, en principio, la modalidad de ejecución de la pena se regirá por la ley del país receptor.

#### **b) Nuevo instituto en comparación con la actual legislación**

A partir de lo desarrollado, podemos observar que la nueva normativa agrega un supuesto más para la expulsión de los extranjeros, que siempre encuentra un gran límite: ***la prohibición de que se vulnere la reunificación familiar, que también es una excepción para habilitar el ingreso de extranjeros que ya hayan cometido delitos.***

A la posibilidad de expulsión por las razones expuestas en el punto precedente, se suma la posibilidad que brinda el artículo 35 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que prevé un instituto muy acotado en su capacidad de abarcar casos.

Para que proceda la expulsión del encausado, no sólo debe tratarse de ***un extranjero*** –no distingue qué tipo de residencia debe tener aunque *in fine* diferencia al que posee una

residencia legal ya que puede pedir una regla de conducta en el país- sino que el delito que se investiga debe ser cometido *en flagrancia*<sup>2</sup> y debe tener un mínimo no mayor a 3 años de prisión, es decir, de escasa monta.

Pero, no solo deben darse todos los requisitos mencionados sino que, además, la hipotética expulsión no puede vulnerar el derecho de reunificación familiar: *si bien la norma no refiere a una expulsión firme, claramente, si el encausado posee su familia o arraigo en el país, no podrá ser expulsado.*

### c) La expulsión de extranjeros en su plano fáctico

En un completo informe que realizó la Procuración Penitenciaria de la Nación publicado en el año 2014 –fecha en la que se promulgó el nuevo Código Procesal Penal- se evaluó la situación de los extranjeros detenidos bajo la órbita del Servicio Penitenciario Federal<sup>3</sup>.

“...Bajo el título “Prisión e Inmigración. Población extranjera detenida en cárceles federales”, esta PPN publicó un estudio sobre la población extranjera detenida en cárceles federales, que reúne los resultados finales de un relevamiento realizado a lo largo del bienio 2012-2013. Para realizar el estudio, se solicitó al SPF datos cuantitativos de todos los extranjeros detenidos en cárceles federales y se efectuó una encuesta a una muestra de 175 extranjeros.

De los datos obtenidos surge que el 54% de los varones extranjeros en cárceles federales lo está por delitos de drogas –en el caso de las mujeres extranjeras el 96%– y el 17% por delitos contra la propiedad. En el marco de las encuestas realizadas, el 55% de los extranjeros contestó que no vivía en la Argentina al momento de la detención, mientras que un 45% sí, y son los que podemos denominar propiamente “migrantes”. Es de destacar que la inmensa mayoría de los migrantes llevaban varios años viviendo en la Argentina y tenían en el país su núcleo familiar (cónyuge e hijos, a menudo argentinos), y también que la mitad de ellos tenían residencia legal en la Argentina al momento de ser detenidos. En cambio, la gran mayoría de los extranjeros –que no vivían en la Argentina previamente a su detención– carecían de documentos migratorios. Tomando en cuenta al conjunto de los extranjeros presos en cárceles federales (migrantes y extranjeros no residentes) el 27% refirió tener residencia legal en la Argentina. *De todos los entrevistados, el 65% dijo que quería ser expulsado al cumplir la mitad de la condena, en aplicación del artículo 64 de la Ley de Migraciones. Entre los migrantes el porcentaje de los que querían ser expulsados se reduce al 41%, mientras que entre los extranjeros alcanza al 89%.* Ello se comprende si tomamos en cuenta que la experiencia del encarcelamiento en el caso de los inmigrantes no difiere tanto respecto de los argentinos. *En cambio, para los extranjeros no residentes implica un sufrimiento adicional al encontrarse lejos de sus familias, carecer de visitas y, en el caso de los no castellanoparlantes, se le suman las dificultades para comunicarse.* Al margen de los resultados de este estudio, en noviembre de 2014 la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación publicó las estadísticas penitenciarias correspondientes a diciembre de 2013. *En las mismas se informa de un total de 3.436 extranjeros presos en el conjunto de las*

<sup>2</sup> Según la RAE: “*Que se está ejecutando actualmente*”; “*De tal evidencia que no necesita pruebas*”; *en flagrante*: “*En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir*”.

<http://dle.rae.es/?id=I2Ypxbe>

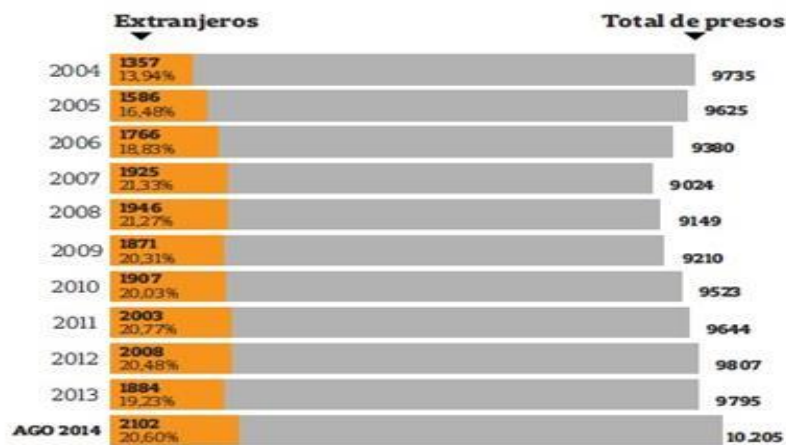
<sup>3</sup> <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Capitulo%20de%20extranjeros.%20Informe%20Anual%202014.pdf>



*cárceles de la Argentina, que constituye el 5% de la población presa. Del total, 1.892 se encuentran detenidos en cárceles federales, constituyendo los extranjeros en dicha jurisdicción el 19% de la población detenida, 17% mujeres y 83% varones. Estas cifras muestran una disminución de los detenidos extranjeros tanto en el conjunto de las cárceles Argentinas como en las cárceles federales, ya sea en cifras absolutas como en términos porcentuales (pues para el año 2012 eran respectivamente el 6% y el 21% de los presos)...”<sup>4</sup>.*

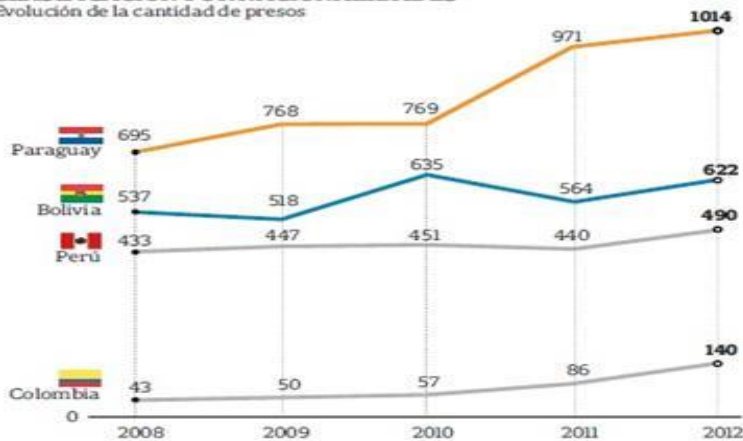
## La población en las cárceles federales

### EVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD DE DETENIDOS



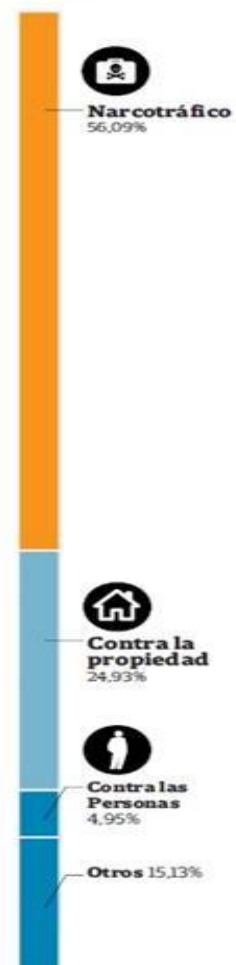
### CLASIFICACIÓN POR NACIONALIDADES

Evolución de la cantidad de presos



Fuente: Procuración Penitenciaria de la Nación / LA NACION

### TIPO DE DELITOS COMETIDOS POR EXTRANJEROS



5

Asimismo, es interesante destacar que la PPN solicitó información sobre retenciones –que se realizan por aplicación del artículo 70 de la ley de migraciones- a la DNM quien informó sobre las retenciones ordenadas y sobre las materializadas según la nacionalidad.

<sup>4</sup> Informe Anual 2014, Procuración Penitenciaria de la Nación, páginas 373/4.

<sup>5</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1738607-la-expulsion-de-extranjeros-solo-podria-aplicarse-en-pocos-casos>

“...En este sentido, se observa que en el bienio 2013/2015 se ordenaron un total de 157 retenciones y se efectivizaron 62, lo que implicaría un promedio de 31 retenciones efectivas por año, es decir entre 2 y 3 por mes....”<sup>6</sup>.

El mencionado artículo 70 dispone que “...Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla. Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida. **Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.** En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. Producida la retención, se dará inmediato conocimiento de la misma al Juzgado que hubiere dictado la orden a tal efecto....”.

De esta manera, observamos una vez más que el límite de la expulsión resulta ser la acreditación de vínculos que impidan la expulsión, a fin de no vulnerar la reunificación familiar del extranjero. Vale destacar, que fueron pocas las expulsiones que se materializaron en el período detallado, ello a pesar de que –tal como lo manifestara el informe de la PPN- el 65% de los extranjeros desean al cumplir la mitad de la condena ser expulsados a sus respectivos países.

#### **d) Análisis de legislación comparada: ¿cómo han legislado la expulsión de extranjeros España y Chile?**

En primer lugar, cabe destacar que en España el instituto ha sufrido cambios a lo largo del tiempo. Mediante reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, se modificó el Código Penal y el artículo 89 quedó redactado de la siguiente manera:

“...1. Las penas privativas de libertad inferiores *a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español*, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, *aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.*

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero *no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años*, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

---

<sup>6</sup> Informe Anual 2014, op. cit.; página. 378/9.

4. *Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas.* No obstante, *si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente* por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las *tres cuartas partes de la condena*, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, *al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta*, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un *centro de internamiento de extranjeros*, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código...”.

Ahora bien, en Chile, lo relativo a la extranjería se encuentra regulado en el Decreto Ley N° 1094 de 1975, también denominado Ley de Extranjería (LECH), Decreto Supremo N° 597 de 1984 sobre Reglamento de Extranjería y Decreto Supremo N° 5.142 de 1960 (RLECH) el que reúne disposiciones sobre nacionalización de extranjeros.

“...Las exigencias, condiciones y prohibiciones que establece la legislación son numerosas y de variada índole. En primer lugar se encuentran *todos aquellos extranjeros que ingresen al país no obstante afectarles alguna de las prohibiciones que establece el Reglamento de Extranjería para el ingreso; o aquellos que después de haber ingresado al país incurren en fomentar doctrinas o realizan actividades contrarias al régimen democrático, atentan contra la seguridad exterior, seguridad interior u orden público o se dedican al tráfico de drogas, contrabando o trata de blancas.* A todas estas personas, así como a quienes *falsifiquen su documentación*, se les rechazarán las solicitudes de visa o de prórroga de visa y deberán abandonar el país o ser expulsados conforme al procedimiento de expulsión.

La expulsión de extranjeros sin residencia legal en el país, desde la perspectiva penal, no sería del todo novedosa en la legislación chilena. Efectivamente, la LECH contempla una serie de disposiciones que a tienen naturaleza penal, pues, existe una descripción típica sancionada con una pena. Así, esta legislación que en general es de naturaleza administrativa, contempla en su articulado la sanción de expulsión que se aplicaría en los siguientes casos: a) A los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia. Estos serán sancionados con pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se

llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta. En estos delitos no procede la remisión condicional de la pena; b) Asimismo, se sanciona a los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de prisión desde 61 días a 5 años y si entraren al país existiendo a su respecto causa de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 10 años. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional; c) También son sancionados los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal o los extranjeros que durante su permanencia en el país no dieran cumplimiento oportuno a la obligación de empadronarse, de obtener documento de identidad, de comunicar a la autoridad cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades, con multa, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión.

La expulsión se ejecuta materialmente conforme al Decreto Supremo N° 597 de 1984, sobre Reglamento de Extranjería, donde se debe transcribir la orden de expulsión a la Policía de Investigaciones de Chile para su ejecución y deber ser notificada por escrito y personalmente al afectado, por la misma autoridad policial. ***El extranjero afectado con una medida de expulsión, durante el acto de notificación, podrá manifestar su intención de recurrir en contra de la medida o conformarse con ella.***

Lo interesante de esta normativa radica, a nuestro entender, en dos puntos: el primero, que no obstante ser una legislación administrativa, a lo menos desde la perspectiva orgánica, contempla infracciones penales, las cuales deben ser sustanciadas y juzgadas en sede criminal; y en segundo término, se privilegia un criterio de prevención general, al ***exigirse el cumplimiento de la pena impuesta para la infracción respectiva, debiendo luego, ejecutarse la expulsión que es resorte privativo de la administración...***<sup>7</sup>.

El artículo 34 de la ley 18216 –modificada por última vez el 5 de julio del corriente año– es claro al regular el instituto:

*“...Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma. El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena. En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta...”*

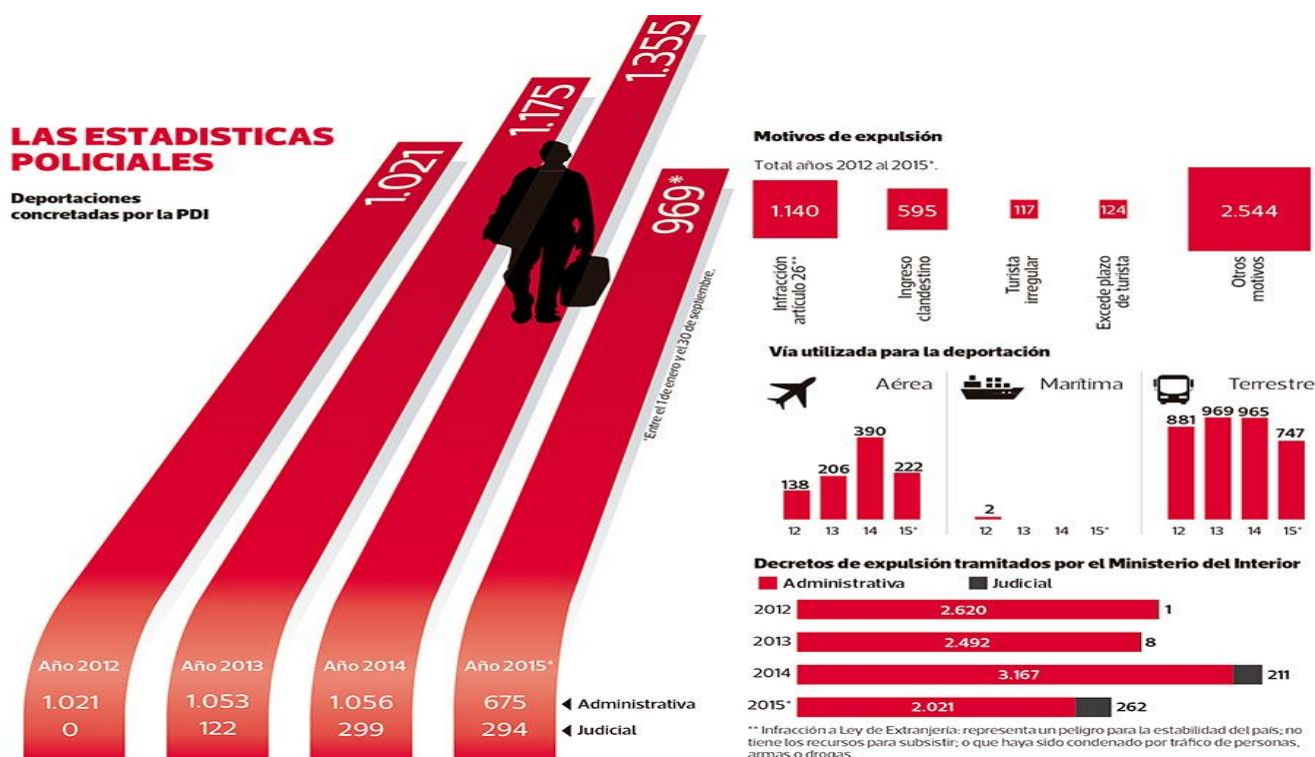
Como se podrá advertir no sólo existen claras semejanzas semánticas entre el artículo 89 del Código Penal español y el artículo 34 de la ley 18216 chilena sino que

---

<sup>7</sup> Salinero Echeverría, Sebastián; “La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”; *Política Criminal* Vol. 6, N° 11 (Julio 2011), Art. 4, pp. 106 – 141; <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100004>

también existe un innegable parecido en la estructura jurídica de ambas normas: a) sustitución total de una pena: penas iguales o inferiores a 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo para el caso chileno y penas iguales o inferiores a 6 años para el caso español; b) sujeto objeto de la expulsión: extranjero sin residencia legal; c) fundamento para la negativa de la expulsión: residencia legal en Chile o España; d) legitimación activa: con ciertos matices, Ministerio Fiscal en España y Ministerio Público en Chile; e) formalidad procesal de una audiencia para la procedencia de la expulsión: con la comparecencia de las partes en el proceso en España y del Ministerio del Interior en Chile, y; f) ejecución de la pena privativa de libertad: si la naturaleza del delito o las circunstancias de comisión lo justifican en el caso chileno y razones justificadas en el caso español.

A modo ilustrativo, resulta interesante destacar algunas estadísticas chilenas que, en comparación con los datos que sobre Argentina realizara la Procuración Penitenciaria de la Nación citados en el apartado c), muestran una mayor utilización del instituto en nuestro país vecino. El Ministerio del Interior, a través del Departamento de Extranjería, informó en el año 2015 que en 2012 se firmaron 2.620 decretos de expulsión administrativos. Al año siguiente la cifra disminuyó levemente, alcanzando 2.492, y en 2014 experimentó un incremento, llegando a 3.167 resoluciones. Las cifras de Interior también señalan que entre 2012 y el 30 de agosto del 2015 han sido deportados 5.107 extranjeros que ingresaron de forma clandestina al país. En dicho período, la misma suerte tuvieron 2.622 personas que fueron condenados por tráfico de droga y delitos asociados<sup>8</sup>.



<sup>8</sup> <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/11/680-654062-9-chile-expulsa-a-mas-de-1000-extranjeros-por-ano.shtml>

e) **Conclusión**

Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, la expulsión de extranjeros cada vez abarca más posibilidades: desde el procesamiento, en caso de una pena de ejecución condicional, desde el principio de la ejecución de la condena, desde la mitad de su cumplimiento y, a partir del nuevo código, en caso de un delito flagrante, casi de manera inmediata.

De más está decir que la anterior enumeración se encuentra absolutamente simplificada: tiene por objeto poner de manifiesto que un extranjero criminalizado puede ser expulsado del país en todos los casos.

Ahora bien, son los límites de esas expulsiones los que tornan al instituto respetuoso de los derechos constitucionales o no. Tal como lo sostiene una y otra vez la ley de migraciones -y así me he encargado de hacerlo notar-, debe repararse en *el derecho a la reunificación familiar* que resulta, a mi entender, infranqueable, ya que no debe perderse de vista el principio de intrascendencia de la pena. Por este mismo motivo, sostengo que el “tope” al que refiere el artículo 62 (y también el artículo 29 al legislar respecto del ingreso al país) -en cuanto sostiene que en caso de condena por un delito doloso de más de tres años de prisión, de todos modos el condenado deberá ser expulsado, sin reparar en su arraigo en el país-, no supera el examen de razonabilidad y, al no poder ser interpretado de otro modo, no queda más que recurrir su declaración de inconstitucionalidad, siendo ésta de última ratio en los términos del Máximo Tribunal. Por su parte, el nuevo instituto del Código Procesal Penal de la Nación ha dispuesto dicho límite como garantía del extranjero sometido a proceso.

Por último, al analizar las estadísticas sobre la cantidad de expulsiones materializadas en el país, resulta llamativo la escasa cantidad de retenciones/expulsiones que se han concretado en los últimos años en el país (“2 o 3 por mes...” según la Procuración Penitenciaria) en comparación con Chile (solo en el año 2014 expulsaron en total más 1355 extranjeros, ello a pesar de que según su legislación también se deberán considerar las razones particulares que el extranjero alegue para evitar la expulsión).

De esta manera, queda claro que la expulsión de los inmigrantes que son sometidos a proceso es, al final de cuentas, una decisión de política criminal y, por ello, cabe preguntarnos: ¿debe el estado argentino continuar acogiendo en su territorio extranjeros criminalizados -ya sea presos o en libertad- que no tengan arraigo en el país o que no acrediten razones pertinentes para continuar en Argentina? La respuesta a este polémico interrogante necesariamente deberá surgir de un debate que nuestra sociedad debe darse, la que deberá asumir los costos de la decisión que adopte.

d) **Bibliografía**

- “Información útil para ciudadanos extranjeros privados de la libertad en Argentina”; Procuración Penitenciaria de la Nación publicado el 28 de abril de 2015.
- Definición de flagrancia; Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=I2Ypxbe>.
- <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Capitulo%20de%20extranjeros.%20Informe%20Anual%202014.pdf>
- Informe Anual 2014, Procuración Penitenciaria de la Nación, páginas 373/4.
- <http://www.lanacion.com.ar/1738607-la-expulsion-de-extranjeros-solo-podria-aplicarse-en-pocos-casos>
- Salinero Echeverría, Sebastián; “La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”; Política Criminal Vol. 6, Nº 11 (Julio 2011), Art. 4, pp. 106 – 141; <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992011000100004>
- <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/11/680-654062-9-chile-expulsa-a-mas-de-1000-extranjeros-por-ano.shtml>