

## Poder Judicial de la Nación

En la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 28 días del mes de febrero de 2005, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Alfredo H. Bisordi como Presidente, y los doctores Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Liliana E. Catucci como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía en esta causa N° 5795, caratulada: Chukura O'Kasili, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad, de cuyas constancias **RESULTA:**

1°) Que el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 64, inc. a, de la ley 25.871 introducido por el señor Fiscal de ejecución penal y, en su consecuencia, resolvió tener por cumplida, una vez que se ejecute el extrañamiento de Nicholas P. Chukura O'Kasili por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, la pena de cuatro años y once meses de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 en orden al delito de contrabando agravado en función de la naturaleza de la mercadería - estupefaciente- y por su destino inequívoco de comercialización, en grado de tentativa (arts. 12, 40, 41 y 45 del Código Penal, 864, inc. d, 866, segundo párrafo, 871, 876 y 1026 del Código Aduanero), decisión cuya ejecución dejó en suspenso hasta tanto aquélla adquiriera firmeza (art. 491, in fine, del C.P.P.N. -fs. 182/186 vta.-).

Contra dicha resolución interpuso recurso de inconstitucionalidad el señor Fiscal ante los Juzgados de Ejecución Penal, el que, concedido, fue mantenido en la instancia (fs. 198/212 vta., 213/214 y 219).

2°) Que el recurso se funda en las previsiones de los arts. 474 y 457 del C.P.P.N.. En ese marco el impugnante manifestó que:

a.1) las causas extintivas de la pena no son otras que las previstas en el Código Penal;

a.2) en el caso, nos encontramos frente a una disposición del Poder Ejecutivo que coloca al Poder Judicial de la Nación en trance homologar lo que en realidad es una conmutación encubierta;

a.3) si se invocan, para conceder el beneficio,

cuestiones que tienen que ver con el acercamiento familiar de extranjeros, los interesados tienen a su disposición las previsiones sobre extradición activa y pasiva de la ley 24.767; y, en el supuesto, como el de autos, en que no existan convenios con el país de origen del condenado, se han hecho convenios ad hoc para casos particulares;

a.4) la norma tachada de inconstitucional (art. 64, inc. a, de la ley 25.871), al crear una suerte de extinción de pena, transgrede los principios de igualdad ante la ley (los condenados nacidos en el país están obligados a cumplir la pena que se les impuso hasta su agotamiento, más allá de la posibilidad que les asiste de acceder a los beneficios previstos en la ley 24.660 y el art. 13 del código de fondo, en tanto que los extranjeros se ven premiados con una reducción significativa de la pena impuesta) y de razonabilidad (se está admitiendo la coexistencia de dos códigos penales: el Código Penal y el previsto por la ley 25.871 sólo en lo que respecta a delitos cometidos por extranjeros).

Asimismo, y en contestación a lo vertido por el a quo al momento de decidir la soltura del condenado, el recurrente apuntó que:

b.1) no alcanza a comprender cuál es el equilibrio que la aplicación de la norma en cuestión logra establecer;

b.2) no conoce ningún condenado al que se le haya concedido el beneficio de salidas transitorias para, como lo adujo el juez de ejecución, vagar por las calles;

b.3) el art. 64, inc. a de la ley 25.871 es arbitrario. Ello porque -a su criterio- resulta desigualitario que a los internos extranjeros se les de por cumplida la pena sin que hayan realizado esfuerzo alguno (sólo se le requiere para tenerla por cumplida el requisito temporal que prevé el art. 17, inc. I, de la ley penitenciaria y no contar con causa abierta que podría habilitar su detención o tener una condena pendiente -inc. II ídem-, en tanto que, a los condenados nacionales, no ya para dar por cumplida la pena -la cual se tendrá como tal el día de su agotamiento-, sino sólo para obtener los beneficios inherentes a los regímenes de salidas transitorias o semilibertad, se les exige, además de esos requisitos, que durante el tiempo de la condena que purgaron, hubiesen tenido buena conducta y buen concepto (inc. III de aquella norma);

## Poder Judicial de la Nación

b.4) resulta inexacto que dada la condición de extranjero que reviste el encartado, difícilmente pueda contar con la posibilidad de obtener algunos de los beneficios previstos en los arts. 16 y 23 de la ley 24.660, toda vez que la larga experiencia nos ha hecho conocer que subyace entre los condenados un alto sentido de solidaridad, que los lleva a facilitar los domicilios de sus propios familiares o amigos, para que un extranjero usufructúe sus salidas transitorias y hasta el régimen de semilibertad.

Agregó el Fiscal que la norma que viene cuestionando trae aparejada la intromisión, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, en las facultades conferidas al Poder Judicial de la Nación, ya que habilita ... a un funcionario de aquél para que detone lo que luego se transformará en un acto jurisdiccional, por el que quede sin más extinguida una pena privativa de la libertad, es decir, que ... queda en manos de un funcionario administrativo la decisión de dar por extinguida la sentencia condenatoria dictada por los jueces de la Constitución... de tal manera se desconoce el principio de división de poderes... (arts. 29 y 109 de la C.N.). Añadió sobre el punto que sólo los institutos constitucionales expresamente previstos, indulto y conmutación, hacen admisible que el órgano ejecutivo extinga la pena, o bien, modifique su quantum.

Adujo el Fiscal de ejecución que el art. 64 de la ley 25.871 agrega una nueva causal de extinción de la pena a las previstas por el Código Penal, ya que... deja en manos del condenado (pidiendo su expulsión) la decisión de poner fin, sin más, a la pena impuesta....

Manifestó el representante de la sociedad que la norma en cuestión ... condiciona la extinción de la pena a una de las etapas de progresividad del régimen... sin tener en cuenta que todavía el interno debe cumplir estadios subsiguientes que garantizarán la reinserción social, ultima ratio, esta, de los fundamentos de la mentada ley... (art. 22 de la ley 24.660)... una vez más, la norma sub examine interfiere la actividad jurisdiccional, ya que los institutos mencionados podrán ponerse en práctica siempre y cuando el juez de ejecución lo autorice (art. 18, ley 24.660)".

De otra parte -explicó el recurrente- la Constitución (preámbulo y arts. 14, 16 y 20), al establecer la igualdad ante la ley, lo que viene a imponer

es la igualdad jurídica, derecho que se ve transgredido al permitir a los condenados extranjeros, en contra de lo que se establece respecto de los nacionales, la interrupción del tratamiento penitenciario y obtener su libertad definitiva.

Por último, el señor Fiscal expresó que el art. 64 de la ley 25.871 viola los arts. 5.6 de la C.A.D.H., 10.3 del P.I.D.C y P. y 75, inc. 22 de la C.N., pues la interrupción de aquel tratamiento resulta conculcatorio de la finalidad resocializadora que atribuyen a la pena.

3º) Que, en la oportunidad que le otorga el art. 466 del C.P.P.N., el señor Fiscal General ante esta Cámara, a cargo de la Fiscalía N° 1, arguyó que ... la pugna de la norma criticada con la Carta Magna se vincula, como se afirmó en el recurso, con dos cuestiones esenciales: la afectación del principio de igualdad ante la ley, por cuanto se genera una desigualdad entre los condenados oriundos de nuestro país y los extranjeros, y del principio de división de poderes, porque la norma cuestionada crea una causal de extinción de la pena cuya aplicación queda en manos del Poder Ejecutivo Nacional a través del Director Nacional de Migraciones. En cuanto al principio de igualdad ante la ley el Fiscal expresó que se ve quebrantado por el art. 64, inc. a de la ley 25.871, toda vez que aquél exige un tratamiento uniforme de las personas que se hallen en igualdad de situaciones, en tanto que éste permite, en contraposición de lo previsto para los condenados nacionales, que los reclusos extranjeros vean extinguida su pena cuando hubieran cumplido los requisitos previstos en el art. 17, incs. 1º y 2º, de la ley 24.660.

Respecto al principio de división de poderes señaló el señor Fiscal que ... el hecho de hacer depender la extinción de la pena impuesta por los jueces naturales, de un acto administrativo emitido por un funcionario dependiente de un Ministerio del Poder Ejecutivo Nacional, importa una interferencia en las funciones propias del órgano judicial de Estado... que vulnera aquel principio.

Agregó que la norma criticada violenta el art. 109 de la Constitución Nacional y que contradice todas las normas vigentes en la República en materia de tratamiento a los condenados de origen extranjero. Así, por ejemplo, la que permite que la pena impuesta en nuestro país sea cumplida por el extranjero en su país de

## Poder Judicial de la Nación

origen. En cuanto al punto, y para finalizar, adujo el Fiscal de la instancia que resulta... irrazonable que mientras nuestro país celebra acuerdos internacionales con naciones extranjeras, en las que se afirma el principio de la firmeza de los fallos de los tribunales de justicia y el total cumplimiento de las condenas impuestas a extranjeros, coexista con esas leyes una norma como la del art. 64 de la ley 25.871 en la que para idénticos supuestos -extranjeros condenados en nuestro país- se contemple la expulsión inmediata del reo al haber cumplido la mitad de la pena impuesta, dándosele por cumplida la mitad restante (fs. 223/227 vta.).

4°) Que, durante el trámite previsto por el art. 468 del C.P.P.N., la defensa informó según lo sintetizan las breves notas que autoriza esa norma. Mediante ellas señaló que:

a) resulta paradójico que el representante del Ministerio Público (órgano del Estado), invoque abstractamente, y en perjuicio del imputado, una garantía constitucional (igualdad ante la ley) cuyo fin es beneficiarlo...; el Estado no puede invocar abstractamente una supuesta violación de la garantía de igualdad en perjuicio de personas innominadas, con el único objeto (de) que se declare la inconstitucionalidad de una ley del Congreso Federal, cuya aplicación ha beneficiado a una persona identificada con nombre y apellido.... Apuntaló su postura con jurisprudencia del Máximo Tribunal que expresa que las garantías constitucionales están estructuradas a favor de los particulares y no pueden ser invocadas sino por quienes son sus titulares;

b) es la misma Constitución Nacional la que crea nominalmente la categoría extranjeros (art. 20 C.N.) y, aunque les concede los mismos derechos, les quita obligaciones que tienen los argentinos... (abonar contribuciones forzosas extraordinarias; armarse en defensa de la patria), siendo que estas diferencias de tratamiento, tienen su razón de ser en la falta de identidad social de los extranjeros..., circunstancia que ... debe ser tenida en cuenta respecto de los condenados (extranjeros) a penas privativas de la libertad... porque el fin de resocialización que éstas tienen no podrá verse cumplimentado cuando el individuo originario de otro Estado ... no pertenece a esa sociedad, ni se identifica con ella.... Esta es la desigualdad existente entre nacionales y

extranjeros en materia de penas privativas de libertad, que la Ley de Migraciones viene a remediar;

c) el monto de pena que les restaría por cumplir a los condenados extranjeros es... compensado por otras penas, que aparecen adecuadas para la defensa de nuestra sociedad, a saber: la expulsión del territorio nacional y la prohibición de reingreso que ésta conlleva...;

d) el acceso por parte de su ahijado procesal a los regímenes de salidas transitorias o semilibertad previstos por la ley 24.660, es ilusorio. El primero debido a su ... situación de desarraigo... y... falta total de contención espiritual de sus seres queridos...; el segundo, por ... la dificultad que existe en la Argentina para conseguir trabajo...;

e) dado que nuestra Ley Fundamental otorga al Congreso Nacional las facultades de dictar el Código Penal (art. 75, inc. 12), de determinar la política inmigratoria (art. 25) y la de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los otros poderes por ella conformados (art. 75, inc. 32), resulta elocuente que aquél es el encargado de compatibilizar la política criminal (especialmente los límites del ius puniendi del Estado) con la política migratoria;

f) no existen limitaciones constitucionales para crear una causa de extinción o sustitución de penas a través de una ley especial;

g) no da razones el fiscal general para explicar por qué una sentencia firme dictada por el Poder Judicial se puede modificar en cuanto a su forma de cumplimiento por vía legislativa, estableciéndose una forma especial de computar el tiempo de detención... o que es posible que una ley del Congreso desincrimine conductas o reduzca las penas y ello repercuta, por aplicación del principio de la ley más benigna, sobre sentencias firmes dictadas por el Poder Judicial y, por el contrario, por la misma vía, como es el caso, aquél no pueda dejar sin efecto una sanción penal; y,

h) el art. 64 de la ley 25.871 no conculca el principio republicano de la división de poderes, pues ... el Congreso Nacional, mediante una ley que involucra materias sobre las cuales es competente para legislar..., habilita a la autoridad

## Poder Judicial de la Nación

migratoria a imponer determinadas sanciones, mas no le permite ... declarar que se tiene por cumplida la pena impuesta judicialmente, lo cual es facultad, tal como se hizo en el caso, del juez de ejecución penal. Siendo ello así -prosiguió la defensa- en el caso en que se declare la inconstitucionalidad de aquella norma, el Poder Judicial resultaría transgresor del principio en cuestión, toda vez que invadiría facultades privativas del Poder Legislativo.

Tras deliberar (art. 469 idem) y sometido el recurso a estudio del Tribunal, se plantearon y votaron por unanimidad las siguientes cuestiones: Primera: ¿Vulnera el art. 64, inc. a, de la ley 25.871 disposiciones constitucionales?. Segunda: )Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

### **PRIMERA CUESTIÓN:**

a) Con carácter previo a expedirse acerca del planteo de inconstitucionalidad impetrado, el Tribunal habrá de contestar, pues ello allanará el camino para desentrañar si aquél resulta procedente, la afirmación de la defensa (apartado a del resultando 4º) que se refiere a que el Fiscal no puede alegar la violación del principio de igualdad ante la ley para perjudicar al condenado, pues “las garantías constitucionales están estructuradas a favor de los particulares y no pueden ser invocadas sino por quienes son sus titulares”. El párrafo entrecomillado es, justamente, el que le confiere (en autos, al Fiscal de ejecución), la potestad de recurrir atendiendo a ese principio. En efecto, si se repara tanto en las particularidades de la cuestión debatida en estos obrados como en la calidad de representante de la sociedad que el recurrente ostenta, no podrá concluirse de manera distinta a que es quien ha venido a ser llamado para defender los derechos de los internos nacionales. De otra parte, habrá de apuntarse que de la lectura del escrito recursivo no se infiere que el representante del Ministerio Público Fiscal haya invocado, en lo más mínimo, una garantía constitucional (la del art. 16) para perjudicar a Chukura O=Kasili, sino que la ha alegado en favor de preservar los derechos de las personas a las cuales representa. Consecuencia de lo manifestado es que el agravio en estudio no puede tener acogida favorable.

b) Aclarada la circunstancia precedente el Tribunal se abocará al tratamiento del planteo de inconstitucionalidad traído a

su consideración. Sobre el tópico habrá de señalarse que la inconstitucionalidad propugnada no podrá encontrar resolución favorable, so pena de desconocer reiterada doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, el Alto Tribunal en un sinfín de oportunidades ha 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 Nelía 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). Esto último, de ningún modo, es lo que trasluce la lectura del art. 64, inc. a, de la ley 25.871, aplicado a la situación particular de Chukura O'Kasili. Y ello porque la directiva en estudio -contrariamente a lo manifestado por el impugnante y su superior en grado- no conculca ni el derecho de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) ni el principio de división de poderes (art. 1º, idem), en los que fundaron los recurrentes la impugnación.

El fundamento para desbaratar la supuesta afectación, por parte de la norma en examen, del derecho previsto por el art. 16 de la Constitución Nacional lo da la jurisprudencia 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 disfavor, o de ilegítima persecución (Fallos: 323:1566).

Ello es así porque lo que surge a la luz de estos actuados es que Chukura O'Kasili, por su condición de extranjero y características particulares, justamente no se halla en igualdad de condiciones que los reclusos nacionales. Ello es visible si se atiende a que aquél, a diferencia de la mayoría de éstos, no tiene familiares ni



## Poder Judicial de la Nación

amigos en el país, nuestra sociedad le es extraña y prácticamente no habla español. Tales circunstancias tornan prácticamente ilusoria -como lo señaló la defensa- tanto su resocialización como su derecho a acceder a los beneficios que le otorgan los arts. 16 y 23 de la ley penitenciaria, pues cabría preguntarse qué lazos familiares y sociales podría el enjuiciado afianzar o mejorar; qué estudios sería factible que curse; de qué programas específicos de prelibertad podría participar (art. 16, puntos II.a, II.b y II.c, de la ley 24.660, respectivamente); o qué clase de empleo podría obtener (art. 23, ídem.). La respuesta negativa es obvia.

De cuanto precede, entonces, se sigue que la norma bajo estudio no trae aparejada desigualdad alguna en cuanto al derecho de resocialización que le asisten a ambos tipos de condenados (arts. 75, inc. 22, C.N., 6° de la C.A.D.H., 10.3 del P.I.D.C y P. y 1° de la ley 24.660). Todo lo contrario, ella lo que persigue es hacer cierto ese derecho, y en pos de ello es que propugna que el extranjero sea devuelto a la sociedad que le es afín.

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.

De otra parte, habrá de manifestarse -como se apuntó más arriba- que el art. 64, inc. a de la ley 25.871, no afecta el principio de división de poderes. Ello resulta así porque ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo vienen a interferir mediante la sanción de la norma en estudio el primero, o a través de su aplicación el segundo, en el ámbito propio de actuación que la Constitución Nacional le confiere al Poder Judicial de la Nación (art. 116). En efecto, el Poder Legislativo, mediante la sanción del art. 64, inc. a, de la ley 25.871 vino tan sólo a establecer una nueva causal de extinción de la pena (no una conmutación encubierta, como lo alega el impugnante), facultad que le es acordada por el art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental. A su vez, el Poder Ejecutivo, por la persona del Director Nacional de Migraciones, lo único que hizo fue aplicar la norma cuando se le presentó el caso que el legislador contempló para sancionarla.

En definitiva, de lo supra argüido se colige que tanto el poder deliberativo como el administrador no se han inmiscuido en la esfera de actuación del Poder Judicial de la Nación. Va de suyo, entonces, que el principio republicano de partición de los poderes no ha sido violado.

Corolario de cuanto precede es que, el precepto cuya inconstitucionalidad se solicita no acarrea el avasallamiento de normas de rango superior (arts. 31 y 75, inc. 22 de la Ley Fundamental). Por lo tanto, es constitucional.

Por lo dicho, cabe responder negativamente a este primer interrogante.

## **SEGUNDA CUESTIÓN:**

La forma en que ha sido resuelta la anterior determina, de conformidad con el art. 475, segundo párrafo, del C.P.P.N., que corresponde declarar la constitucionalidad de la norma legal cuya inconstitucionalidad ha sido invocada y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento recurrido, sin costas.

Por ello y en mérito a lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** Declarar la constitucionalidad del art. 64, inc. a, de la ley 25.871; y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento de fs.

-//-

# **Poder Judicial de la Nación**

182/186 vta., sin costas.

Regístrese, notifíquese en la audiencia a designar y remítase al Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3.

Fdo.: Alfredo H. Bisordi. Juan C. Rodríguez Basavilbaso. Liliana E. Catucci. Ante mí: Elsa Carolina Dragonetti, Prosecretaria de Cámara.