

## TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Agustín Vélez Massa \*

### Comisión 3 – Delito y Control Social

---

**Resumen.**- En el presente trabajo se buscará indagar en una de las varias intersecciones existentes entre el derecho penal y la migración. Abordamos, más en concreto, las consecuencias para el tratamiento penitenciario propio de la ejecución de la pena privativa de la libertad de la medida de expulsión prevista para los extranjeros que cometieran ciertos delitos. En primer lugar se desarrollan los marcos normativos de ambos aspectos; mientras lo primero está regido, primordialmente, por la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, lo segundo lo está por la Ley 25.871 de Migraciones. En segundo lugar, se exponen algunos límites al tratamiento penitenciario y a la progresividad de que éste se vale, impuestos por la expulsión. Finalmente, y a modo de conclusión, se sostiene que el caso de la expulsión de quien tiene condena en nuestro país nos habla tanto de cómo vemos al migrante –haciendo hincapié en la presencia del “pensamiento de Estado” (Sayad)–, como de cuán trascendental es la resocialización como fin de la pena (no sólo respecto al migrante). Fundamentalmente nos preguntamos cómo se justifica la pena privativa de libertad si al cabo de su cumplimiento no existe posibilidad alguna de reinserción puesto que al interno migrante le espera la expulsión. Se plantean, así, algunos interrogantes que podrían dar lugar a futuras indagaciones jurídicas y sociológicas.

**Palabras claves:** migración, expulsión, ejecución de la pena privativa de libertad, tratamiento penitenciario.

*Abstract.*-This work seeks to enquire into one of the different meeting points between criminal law and migration. More accurately, it deals with the consequences brought about to the prison treatment typical of the enforcement of deprivation of freedom

---

\*Magister en Sociología Jurídica, abogado y maestrando en Ciencias Sociales con mención en Políticas Sociales. Empleado del Poder Judicial de Córdoba (Asesoría Letrada Penal del 2º Turno). Adscripto Cátedra Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: agustin.velezm@gmail.com

*derived from the expulsion under law of the immigrants who commit certain crimes. The regulatory framework of both aspects is first developed: one of such aspects ruled essentially by Act 24,660 on the Enforcement of Deprivation of Freedom and the other by Act 25,871 on Migration. Secondly, some of the limits to prison treatment and to the progressiveness it makes use of, imposed by the expulsion, are examined. Finally, as a conclusion, it is stated that the expulsion of an individual already sentenced in our country shows how an immigrant is seen - with especial stress on the presence of the "State thought" (Sayad) - and how very significant is re-socialization after completing the sentence. Fundamentally, the question is how to justify the deprivation of freedom when there are no chances of social re-insertion because expulsion is what awaits the immigrant inmate. Some questions are raised, then, which may give way to different sociological and legal queries.*

**Key words:** *migration, expulsion, enforcement of deprivation of freedom, prison treatment*

---

**Sumario:** 1. Introducción.- 2. Contexto normativo: la reinserción social como fin legítimo de la pena.- 3. Contexto normativo: la expulsión en la Ley Nacional de Migraciones.- 4. Límites a la progresividad impuestos por la expulsión.- 5. A modo de conclusión: migración y fines de la pena.- 6. Referencias bibliográficas.-

## **1. Introducción**

Tanto la migración como la delincuencia son aspectos sociales que el común de las personas no suele tener especialmente presente, salvo que circunstancias concretas impongan el tema en la mesa familiar o la agenda pública. Sin embargo, ambos asuntos tienen una importancia política fundamental y el modo en que son tratados por el Estado nos dice mucho sobre cómo es éste y como es la sociedad en que vivimos. En el presente trabajo se buscará indagar en una de las varias intersecciones existentes entre ambos tópicos: el tratamiento penitenciario y la medida de expulsión prevista para los extranjeros que cometieran ciertos delitos. Lo primero está regido, fundamentalmente, por la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y lo segundo por la Ley 25.871 de Migraciones.

En la primera y segunda sección del trabajo se presentarán ambos contextos normativos, respectivamente. Luego expondremos algunos límites al tratamiento penitenciario y a la progresividad de que éste se vale, impuestos por la expulsión. Finalmente, y a modo de conclusión, se plantean algunos interrogantes que podrían dar lugar a futuras indagaciones jurídicas y sociológicas; fundamentalmente nos preguntamos: ¿cómo se justifica la pena si al cabo de su cumplimiento no existe posibilidad alguna de reinserción puesto que al interno migrante le espera la expulsión?

## **2. Contexto normativo: la reinserción social como fin legítimo de la pena**

La incorporación de tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico ha resuelto lo referente a qué fines de la pena han de considerarse legítimos, y cuáles no. En tal sentido, la Convención Americana de los Derechos del Hombre (CADH, art. 5.6) dispone que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (PIDCP, art. 10.3) manda: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”. Como contracara, ambos cuerpos normativos prohíben la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CADH, art. 5.2; PIDCP, art.7).

Como ponen de manifiesto Posada Segura y Guardia López, y es válido tanto respecto a Argentina como los demás países que han ratificado la CADH y el PIDCP, “...podemos afirmar que el tratamiento penitenciario, con miras a alcanzar el fin de readaptación social de las personas privadas de la libertad, es un derecho penal fundamental desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos integrado materialmente a la constitución a partir del concepto de bloque de constitucionalidad; y en este sentido resulta lógico que la resocialización, dentro de un Estado Social de Derecho, constituya un principio elemental dentro de la privación de la libertad como sanción penal” (2013:267-268).

Es decir que la resocialización se impone como fin legítimo de la pena privativa de la libertad y ello ha sido acogido por nuestra ley nacional de ejecución penal (Ley 24.660, art. 1<sup>1</sup>). La consecuencia más directa de la asunción de dicha finalidad resocializadora lo constituye la institución de un tratamiento penitenciario de carácter progresivo dirigido a posibilitar y favorecer la reinserción social del interno condenado.

Dicho tratamiento<sup>2</sup> progresivo debe ser interdisciplinario, programado y personalizado (art. 5, Ley 24.660) y procura limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promueve su incorporación a instituciones regidas por el principio de autodisciplina (art. 6, Ley 24.660). La progresividad ha dado lugar a cuatro períodos: de observación, de tratamiento, de prueba y de libertad condicional (art. 12 y ss.). El período de tratamiento se subdivide, a su vez y en la Provincia de Córdoba, en cuatro fases: socialización, consolidación, afianzamiento y confianza (arts. 22 a 36 del Anexo IV –Reglamento de la progresividad y del programa de prelibertad- del Decr. Regl. 344/08, Prov. de Córdoba).

En fin, como bien manifiesta Arocena (2013), el “ideal resocializador” y el principio de reinserción social han sido instaurados como directrices (entre otras) de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Hasta el punto de llevar al autor a afirmar que “...así como la finalidad resocializadora debe perseguirse necesariamente a través de un tratamiento carcelario, éste no tiene *razón de ser* sino en función de dicha meta” (Arocena, 2013:36, cursiva en el original).

Ahora bien, ¿en qué consiste la mentada resocialización? Se puede hacer referencia a dos modelos: los paradigmas de resocialización para la moralidad o paradigmas resocializadores máximos y los paradigmas de resocialización para la legalidad o paradigmas resocializadores mínimos. Mientras los primeros se dirigen a que “el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse” (Arocena, 2013:37), los segundos se orientan “sólo a lograr que el

---

<sup>1</sup> Ley 24.660, Art 1: La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

<sup>2</sup> Cabe diferenciar entre el régimen y el tratamiento penitenciario: mientras este último hace referencia “al conjunto de acciones terapéutico-asistenciales que se desarrollan durante la ejecución de la pena de encierro sólo si el condenado voluntaria y libremente lo consiente” (Arocena, 2013:20); el primero está dirigido a regular la convivencia, la disciplina y el trabajo y es de cumplimiento obligatorio (cf. art. 5, Ley 24.660).

delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley” (ídem:38). Arocena deja en claro que en un Estado democrático de derecho sólo es admisible la resocialización para la legalidad; y ello es importante particularmente en el caso de los extranjeros, donde una resocialización para la moralidad podría llegar a tropezar con diferencias culturales profundas que de ningún modo podrían dar lugar a un tratamiento diferenciado dirigido a socavar la identidad cultural del interno migrante. El autor citado pone fuertemente el acento en la vigencia del derecho a la dignidad humana como obstáculo insalvable para la adopción de paradigmas resocializadores máximos (CADH, art. 5.2.2; PIDCP, art. 10.1).

### **3. Contexto normativo: la expulsión en la Ley Nacional de Migraciones.**

La migración es considerada, en nuestro ordenamiento jurídico local, un derecho esencial e inalienable (art. 4, Ley Nacional 25.871 de Migraciones; en adelante LNM). Asimismo, se garantiza la efectiva igualdad de trato (art. 5, LNM) y “el acceso igualitario a los migrantes y sus familiares en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social” (art. 6, LNM). Explícitamente se reconoce la vigencia de las convenciones internacionales (art. 12,LNM), como así también se consideran discriminatorios “todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, género o posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes” (art. 13, LNM).

No obstante, la Ley Nacional de Migraciones, además de reconocer derechos y garantías a los migrantes, también establece limitaciones al ingreso y permanencia de los extranjeros. En esta línea, cabe remarcar que se establece como objetivo de la ley “promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o permanencia en

el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación” (art. 3 inc. j, LNM).

Así, se considera causa impeditiva del ingreso y permanencia de extranjeros en el Territorio Nacional, entre otras, el “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más” (art. 29, inc. c, LNM). La misma sanción corresponde ante la comisión de otras conductas y delitos especiales (vgr. participación en genocidios, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, actividades terroristas, promover o facilitar con fines de lucro la permanencia o egreso ilegales de extranjeros, promoción de la prostitución, etc.). Esta limitación se traduce, en los casos de migrantes residentes en el país, en la (posible) declaración de ilegalidad y cancelación de la permanencia con la consecuente conminación a hacer abandono del país o expulsión del Territorio Nacional (art. 61, LNM).

En el mismo tenor, se prevé la cancelación de la residencia y posterior expulsión cuando “el residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrare una conducta reiterante en la comisión de delitos. 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, así como la prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años (art. 63, LNM).

Cabe aclarar que tanto el art. 29, última parte, como el art. 62, *in fine* (ambos de la LNM) prevén la posibilidad de exceptuar de las sanciones si acaecieren razones de reunificación familiar. Esto se condice con el espíritu de la Ley de Migraciones, que garantiza el derecho a la reunificación familiar (art. 3 inc. d y art. 10, LNM). Por otra parte, el art. 221 de la Ley 24.660 admite la posibilidad de que los extranjeros condenados por los tribunales nacionales puedan cumplir la pena impuesta en su país de origen, de acuerdo a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Antes de pasar al siguiente apartado resulta interesante poner de resalto que en otras legislaciones, como la española (cf. Salinero, 2011; Muñoz Ruiz, 2014), la expulsión por la comisión de delitos está prevista en el propio Código Penal<sup>3</sup>. En el caso argentino “...es evidente 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” (Alderete Lobo, 2012:3-4). Es por ello que el tema exige la integración de la legislación y jurisdicción administrativa en materia migratoria con la específica legislación y jurisdicción penal. Más allá de las dificultades que tal diseño legal puede imponer en el análisis y la aplicación del instituto de la expulsión, es innegable que ello no habilita a soslayar los derechos constitucionales en juego.

#### **4. Límites a la progresividad impuestos por la expulsión**

La Ley de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad (Ley 24.660) establece en su artículo 8 que “Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”. Por su parte, la CADH y el PIDCP también consagran el principio de igualdad<sup>4</sup>, considerando explícitamente la nacionalidad como criterio no admisible para

---

<sup>3</sup> Así también lo hace el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino (art. 52) elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto 678/2012, disponible en <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf> [último acceso 07/09/15]. Asimismo, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación prevé la expulsión para el caso de la suspensión de juicio a prueba contra la persona extranjera que haya sido sorprendida en flagrancia de un delito respecto del cual se prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres (3) años de prisión (art. 35).

<sup>4</sup> El referido principio de igualdad también encuentra respaldo en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional y en las previsiones de la ley 23.592. A lo que cabe sumar el desarrollo jurisprudencial, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de un examen estricto de constitucionalidad de aquellas normas que prevén un tratamiento diferencial entre nacionales y extranjeros. Tal examen, como explica Treacy (2011), se justifica en una presunción de inconstitucionalidad de las normas que instauran una distinción sobre la base de una categoría que, como la nacionalidad, se encuentra en principio vedada como criterio de goce diferencial de derechos y, por tal razón, se invierte la carga de la prueba y se demanda que quien alegue la constitucionalidad de la medida deba acreditar su razonabilidad o bien el interés estatal que la justifica (cf. CSJN autos “Repetto Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/

fundar diferencias en el ejercicio de los derechos consagrados; derechos entre los que se encuentra, cabe recordar, la reforma y readaptación social como finalidad del tratamiento penitenciario (arts. 1.1 CADH, 2.1 PIDCP).

Sin embargo, las disposiciones relativas a la expulsión y las características propias de una medida de tal entidad suponen diferencias concretas en cuanto a la ejecución de la pena entre nacionales y extranjeros. Nos proponemos en este apartado explicitar tales diferencias.

En primer lugar, cabe remarcar que la Ley 25.871 de Migraciones establece que la expulsión, firme y consentida, se ejecutará de modo inmediato cuando, respecto al extranjero que está cumpliendo una pena privativa de la libertad, se verifiquen los tiempos mínimos de ejecución (requisito temporal) para acceder a las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad<sup>5</sup> y no se tenga causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente (art. 64 inc a, LNM; en función de los acápites I y II del art. 17 de la Ley 24.660). En tales casos, mediante la ejecución del extrañamiento se da por cumplida la pena impuesta<sup>6</sup>.

Esta disposición resulta lógica si se tienen en cuenta las características y finalidades de los institutos propios del período de prueba como las salidas transitorias y la semilibertad. Así, entre las condiciones requeridas para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se establece: “IV. Merecer, del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento y, si correspondiere, del equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.” (art. 17.IV). Por otra parte, las salidas transitorias se estipulan,

---

inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988; “Gottschau Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006, Fallos 329:2986”, “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional” del 12/08/2008, Fallos 331:1715; “Reyes Aguilera, D. c/ Estado Nacional” del 4/09/2007, Fallos 330:3853).

<sup>5</sup> Esto es: la mitad de la condena en las penas temporales, 15 años en las penas perpetuas y 3 años luego de cumplida la pena en el caso en que se hubiera impuesto la accesoria del art. 52 del CP.

<sup>6</sup> En similar sentido, se prevé la ejecución de la expulsión cuando recayere condena firme de ejecución condicional sobre el extranjero (dándose así por cumplida la pena mediante el extrañamiento); como así también en el caso de procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que son reemplazadas por la ejecución del extrañamiento (incisos b y c, del art. 64, LNM).



entre otras razones, para “afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales” (art. 16.II.a). Es evidente que no tendría sentido afianzar y mejorar lazos con la comunidad local si el Estado ya ha dispuesto la expulsión del interno fuera del territorio nacional. Sin embargo, resta preguntarse ¿no son acaso vulnerados los principios resocializadores y no carece de sentido el tratamiento penitenciario en sí mismo si el Estado se desliga de la reinserción social del condenado, sea que dicha reinserción vaya a ser aquí o en el extranjero?

Así, a modo de ejemplo de esta diferencia, cabe remarcar que cuando un interno se encuentra en condiciones de acceder a la libertad condicional, la ley prevé su participación en el denominado “programa de prelibertad”, que consiste en un “un programa intensivo de preparación para su retorno a la vida libre el que, por lo menos, incluirá: a) Información, orientación y consideración con el interesado de las cuestiones personales y prácticas que deba afrontar al egreso para su conveniente reinserción familiar y social; b) Verificación de la documentación de identidad indispensable y su vigencia o inmediata tramitación, si fuere necesario; c) Previsiones adecuadas para su vestimenta, traslado y radicación en otro lugar, trabajo, continuación de estudios, aprendizaje profesional, tratamiento médico, psicológico o social” (art. 30, Ley 24.660). El artículo 31 insiste en la necesidad de coordinar la labor de los servicios sociales del Servicio Penitenciario con los recursos de la comunidad (patronatos de liberados, organizaciones de asistencia postpenitenciaria, etc.). Ahora bien, ¿se ocupan los servicios penitenciarios locales de trabajar con los recursos del país de origen del interno sujeto a expulsión? ¿se encuentran preparados para una tarea semejante? Y ello debe pensarse, también, a la luz de la importancia dada por la ley a las relaciones del interno con su familia. En tal sentido, la Ley 24.660 dispone que las mismas deben ser facilitadas y estimuladas; como así también debe alentarse la continuación y establecimiento de vínculos útiles con personas u organismos que puedan favorecer sus posibilidades de reinserción social (art 168, Ley 24.660).

Al entender de Arocena “el tratamiento penitenciario se materializa en actividades terapéuticas entendidas como acciones cuyo objeto es modificar favorablemente las circunstancias que culminaron en la prisionalización de una persona por la comisión de una determinada conducta definida como delictiva. Se trata, en definitiva, de *brindarle*

*al condenado elementos que le permitan apartarse del estereotipo social del delincuente, generalmente asociado a aspectos tales como, por ejemplo, su clase, su nivel de educación, su grupo cultural, etcétera*”(2013:47, cursiva en el original). Parece más que evidente que, en el caso de los migrantes, la expulsión limita considerablemente las posibilidades de brindar elementos que permitan al extranjero apartarse del estereotipo social del delincuente, sino que, por el contrario, el mismo es reforzado por la medida que lo considera no reinsertable, un inadaptable, desechable para la sociedad nacional.

En fin, dado que el tratamiento penitenciario se dirige a lograr la reinserción social del condenado y que esa reinserción se vuelve ilusoria al existir una medida de expulsión, surge a la vista la incompatibilidad de la medida de expulsión con los fines que legítimamente se puede asignar a la pena (arts. CADH, PIDCP, Ley 24660), con el principio de igualdad que también debe regir respecto a esos fines de la pena (arts. CADH, PIDCP, CN) –que prohíbe discriminar en razón de la nacionalidad-, con el derecho a la dignidad humana (arts. CADH PIDCP) y con el derecho “esencial e inalienable” a migrar (art. 4, LNM).

Ahora bien, dado que existen tales normativas infra y supraconstitucionales que entran en pugna con la expulsión como consecuencia penal específica para los extranjeros<sup>7</sup>, cabe preguntarse por qué la medida sigue vigente. Ello nos lleva a una serie de interrogantes que presentamos como reflexión final en el acápite que sigue.

## **5. A modo de conclusión: migración y fines de la pena.**

*Reflexionar sobre la inmigración viene a ser en el fondo interrogar al Estado, interrogar sus fundamentos, interrogar sus mecanismos internos de estructuración y de funcionamiento; e interrogar al Estado de esta manera, a través de la inmigración, viene a ser, en última instancia, «desnaturalizar», por*

---

<sup>7</sup> A todo esto cabría sumar la posible violación al *ne bis in idem*; garantía penal constitucional que prohíbe la aplicación de más de una sanción por el mismo hecho (arts. 39 Cosnt. Provincial, art. 1 CPP, 8.4 CADH): ¿no es acaso la expulsión una nueva sanción por el mismo hecho por el cual el migrante ya ha cumplido la pena que le correspondía y que fuera impuesta por el juez competente para juzgar el hecho en cuestión? Sin embargo, resulta necesario incorporar al análisis el carácter administrativo del extrañamiento y la *ambivalencia afflictiva* de una medida que, dependiendo de las circunstancias individuales del sujeto, constituirá o no un mal (cf. Cancio Meliá, 2007).

*decirlo así, lo que se tiene por «natural», «rehistorizar» al Estado o lo que en el Estado parece haber sido afectado de amnesia histórica, es decir, recordar las condiciones sociales históricas de su génesis*

*(Sayad, 2010:388)*

El caso de la expulsión de quien tiene condena en nuestro país nos habla tanto de cómo vemos al migrante, como de cuán trascendental es la resocialización como fin de la pena. Profundicemos someramente en cada uno de esos puntos.

Respecto a lo primero (cómo vemos al migrante), la expulsión pone en clara evidencia lo que Sayad (2010) denomina “pensamiento de Estado”. Según el autor, la migración es pensada siempre desde “categorías nacionales, o incluso nacionalistas”(ídem:386); lo que lleva a pensar al extranjero como un “otro”, distinto, que es capaz de amenazar el orden nacional.

En esta línea, Arocena –al referirse a la inviabilidad jurídica de un modelo de resocialización para la moralidad en el ordenamiento jurídico argentino– sostiene: “Es evidente que (...) en un Estado de Derecho, pluralista y democrático como el argentino, no existe una facultad para reprimir con una sanción penal lo *distinto*, lo que *discrepa con la axiología y la subjetividad social* dominante en una sociedad, en un tiempo y un lugar determinado” (Arocena, 2013:40). Parecen ser argumentos similares lo que tornan discutible la admisión de la expulsión como consecuencia accesoria a la pena privativa de libertad para migrantes. Pero, al mismo tiempo, no parece ser otra cosa que “lo distinto” (asentado en la categoría jurídico estatal de “extranjero”) lo que justifica un trato diferenciado.

En tal sentido, la jurisprudencia ha justificado la expulsión sobre la base de la diferencia cultural entre el migrante y la sociedad local (diferencia que, cabe remarcar, es resaltada como obstáculo por la justicia local, no por el migrante que de modo más o menos voluntario optó por residir en nuestro país). Así, se ha dicho<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup>Cám. Nac. De Casación Penal, sala 1º, causa 5795, en autos “ChukuraO’Kasili, Nicholas s/rec. De casación”, reg. 7452, 28/2/2005; citado por el Trib. Oral Crim. Fed. de Córdoba N° 1 en el legajo de ejecución caratulado “B., D.E. s/legajo de ejecución” (expte. 11/2008) publicado en AbeledoPerrot Córdoba, 2010 (5):587.

“por su condición de extranjero y características particulares, no se halla en igualdad de condiciones que los reclusos nacionales, ya que no tiene familiares ni amigos en el país, nuestra sociedad le es extraña y prácticamente no habla español. Tales circunstancias tornan ilusoria tanto su resocialización como su derecho a acceder a los beneficios que le otorgan los arts. 16 y 23 de la ley penitenciaria, pues habría que preguntarse qué lazos familiares y sociales podría el enjuiciado afianzar o mejorar, qué estudios sería factible que curse, de qué programas específicos de pre libertad podría participar; o qué clase de empleo podría obtener. La respuesta negativa es obvia”<sup>9</sup>

Sin embargo, la respuesta negativa no es obvia. Probablemente ese mismo migrante llegó al país sin lazos familiares ni sociales que lo acogieran, sin conocer el idioma, sin oportunidades laborales concretas ¿eran esas causales legítimas para impedir su ingreso? No lo eran ¿Por qué serían entonces causales que justifiquen su expulsión? Este tipo de justificación constituye, como bien pone de resalto Cancio Meliá, un ejemplo de profecía autocumplida: “No es que no sea posible reinsertar a los extranjeros sin situación administrativa de permanencia regular, sino que, desde un principio, se excluye respecto de ellos tal fin de la (ejecución de la) pena” (2007:13), es decir que “la reinscripción resulta imposible porque lo impide, en todo caso, un texto positivo que no contempla esa finalidad” (ídem:15).

En otro fallo donde se también se dispuso el extrañamiento, se sostuvo:

“En virtud de las circunstancias y motivos por lo que L. arribó al país, entiendo que el nombrado carece de posibilidades ciertas de conseguir empleo una vez que recupere su libertad, como así también de la posibilidad de ser incorporado al régimen de salidas anticipadas contemplado por la ley de ejecución de las penas privativa de la libertad, razón por la cual el cumplimiento de los fines de prevención contemplado por la ley 24660 resultan ilusorios. Es así que corresponde hacer lugar a lo solicitado por

---

<sup>9</sup> La cita parece confirmar cabalmente las aseveraciones de Sayad (p. 387/387) en cuanto a que “La inmigración, o en otros términos, la presencia en el seno de la nación de ‘no-nacionales’ (más que de simples extranjeros a la nación), además de que perturba todo el orden nacional, de que enturbia la separación o la línea fronteriza entre el que es nacional y el que no lo es y, por lo mismo, perturba y enturbia el orden fundado sobre esta separación, atenta contra la integridad de este orden, contra la pureza o la perfección mítica de este orden y por lo tanto contra el pleno cumplimiento de la lógica implícita de este orden”.

la Dirección de Migraciones y retener al causante, poniéndolo también a disposición de dicha repartición a los fines de que se ejecute el extrañamiento...»<sup>10</sup>.

El razonamiento del Tribunal sorprende si lo confrontamos con otra sentencia donde se ha afirmado que la categoría de migrante (aún “irregular”) no puede fundar la denegatoria de la libertad condicional<sup>11</sup>, ¿por qué esa misma categoría sí puede considerarse para disponer la expulsión? Desde la perspectiva del Tribunal, pareciera que es por no ser posible la reinserción social que (en beneficio del condenado) se dispone su expulsión. Sin embargo, ¿no será acaso al revés: que porque no queremos reinsertarlo disponemos su expulsión? De hecho, la expulsión no se decide sobre la base de una valoración de las posibilidades de reinserción social (como la concesión de la libertad condicional, art. 13 CP) ni siquiera en función de un pronóstico de peligrosidad (de que “el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad”, como la libertad asistida, art. 54, Ley 24.660). La mera comisión de los delitos enunciados en la Ley de Migraciones alcanza para disponer la expulsión<sup>12</sup>.

Abordando ahora el segundo aspecto planteado (cuán trascendental es la resocialización como fin de la pena), la expulsión parece echar por tierra la real posibilidad de todo fin resocializador -que, cabe recordar, se refiere a la reinserción del interno en su medio social, familiar y laboral- puesto que el tratamiento penitenciario se ve truncado por la ejecución del extrañamiento. A nuestro modo de ver, esta puja entre diversas regulaciones normativas debe resolverse en favor de aquellos principios consagrados en nuestro bloque de constitucionalidad: el principio de igualdad, el respeto a la dignidad humana y la reinserción social como fin del tratamiento penitenciario. Ninguno de ellos puede encontrar cabal realización si se dispone el retiro obligado del territorio nacional al migrante que comete un delito.

Pero, quizás, la expulsión del migrante nos está diciendo más sobre el sistema penal que sobre la migración en sí. Es que si a la ejecución de la condena sigue la expulsión,

---

<sup>10</sup>Trib. Oral Fed. N° 2, 23/03/2011, causa “Haro Llopis, Raúl s/ejecución penal” (Expte. H-2/09), publicado en AbeledoPerrot Córdoba, 2011 (6):670.

<sup>11</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, diciembre/14, en autos “Meza Contreras, Luis Manuel s/casación” citado en Cecchi, Horacio, “Condicional según el origen”, Página/12, 20/04/15, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-270925-2015-04-20.html>.

<sup>12</sup> Aunque cabe recordar que la LNM prevé excepciones para el caso de que el extranjero fuere padre, hijo o cónyuge de argentino nativo (arts. 62 y 70)

entonces el eje de la pena se traslada de la resocialización a la prevención especial negativa (impedir que el delincuente cometa nuevos hechos –en el territorio nacional). Tampoco deben perderse de vista los efectos simbólicos que pueden ligarse a la exclusión del migrante: la construcción simbólica de un “otro” (enemigo) que asegura la identidad de los sujetos excluyentes y, a la vez, aleja la atención de la exclusión previamente producida por la organización del sistema económico y político (cf. Cancio Meliá, 2007)

Cabe, entonces, preguntarnos: ¿Cómo justificar jurídica y políticamente ese giro? ¿Qué motiva esa diferencia en el trato: porqué se exige más al migrante que al nacional? ¿De qué modo, mediante la expulsión del migrante, se está promoviendo “la comprensión y el apoyo de la sociedad” a que hace referencia el art. 1 de la Ley 24.660 o “el orden internacional y la justicia” a que se refiere el inc. j del art. 3 de la ley de migraciones? ¿Por qué existe una mayor amenaza penal para quien sólo está ejerciendo el derecho humano a migrar? ¿Se trata acaso, que la prevención especial negativa –que cancela a la persona del delincuente, quitándolo del tejido social (Rivera Beiras, 1998:31-34)– es un fin latente de la pena privativa de la libertad pero en los casos de los nacionales se pone el acento en la resocialización sólo porque no es posible fijar una pena indefinida en el tiempo (prisión perpetua, destierro o pena de muerte) mientras que con los extranjeros es posible conseguir ese efecto mediante la expulsión?

En otras palabras, y para concluir, si como dice Sayad “la inmigración constituye el límite de lo que es el Estado nacional, el límite que muestra lo que es, intrínsecamente, su verdad fundamental” (2010:387) ¿serán, acaso, la retribución, la exclusión y la prevención especial negativa las verdades fundamentales del Estado en su esfera punitiva?

## **6. Referencias bibliográficas**

ALDERETE LOBO, Rubén A. (2005), “La expulsión del país de personas extranjeras en situación irregular que se encuentran cumpliendo pena privativa de la libertad. Un análisis del art. 64 ley 25871 a partir del fallo "ChukuraO'Kasili" de la sala 1ª de la C.

Nac. Casación Penal”, AbeledoPerrotOn Line N°: AP/DOC/4039/2012, RDP 2005-15-745.

AROCENA, Gustavo A. (2013), “El tratamiento penitenciario en el Derecho argentino” en Arocena, G. A. (dir.) *El tratamiento penitenciario: Resocialización del delincuente*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 19-92.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2007), “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP) en *Revista Latinoamericana de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 002-4.

MUÑOZ RUIZ, Josefa (2014), “La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16(05), julio, pp. 1-44.

POSADA SEGURA, Juan D. y GUARDIA LÓPEZ, Cristian L. (2013), “El tratamiento penitenciario en Colombia” en Arocena, G. A. (dir.) *El tratamiento penitenciario: Resocialización del delincuente*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 263-292.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (1998), *Los problemas de los fundamentos de la intervención jurídico Penal. Las teorías de la pena*, Ed. Signo, Barcelona.

SALINERO, Sebastián (2011), “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile” en *Política Criminal*, 6 (11), julio, pp. 106-141. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_06/n\\_11/Vol6N11A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf) [último acceso: 07/09/2015].

SAYAD, Abdelmalek (2010), *La doble ausencia: De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*, Ed. Anthopros, Barcelona.

TREACY, Guillermo S. (2011), “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad” en *Lecciones y Ensayos*, N° 89, pp. 181-216; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf> [último acceso: 07/09/2015].