

UN ANÁLISIS RELATIVO A LAS CAUSALES PENALES DE EXPULSIÓN DE LA LEY 25.871¹

*Alberto Sandhagen*²

1. INTRODUCCIÓN

Desde fines del año 2019 en el Ministerio Público de la Defensa, en especial en la defensoría en donde cumpla funciones, aumentaron radicalmente las causas relativas a las expulsiones regidas por la ley 25.871. Así, en el marco de mis labores, cuando me toca proyectar una causa en torno a una expulsión, advierto que, en variadas ocasiones, se interpreta de modo diverso cómo aplicar los artículos 29 (inciso c) y 62 (inciso b) de la ley 25.871. Dicho sea de paso, en los incisos referenciados de esos artículos se basan casi la totalidad de las causas de extrañamiento³.

En ese contexto, las personas migrantes, vulnerables⁴, quedan a merced de las diferentes interpretaciones que efectúan los tribunales sobre las causales de expulsión del territorio argentino previstas en la ley federal de migraciones y, además, del rol activo contra migrante que ejerce la Dirección Nacional de Migraciones.

Ese desigual proceder en la exégesis de la normativa tiene su base en la ausencia de una seria discusión parlamentaria de la ley 25.871⁵. Y, a ello, se aduna que, hasta el año 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se había ocupado del tema con profundidad. No obstante, en correlación con el caudal de casos que representa el Ministerio Público de la Defensa, a par-

¹ Cítese como: Sandhagen, A. (2025). Un análisis relativo a las causales penales de expulsión de la ley 25.871. Estudios sobre Jurisprudencia, 19-63.

² Secretario de primera instancia de la Defensoría General de la Nación cumpliendo funciones en la Defensoría General Adjunta de la Nación.

³ Aclaro que en el presente trabajo utilizo en forma indistinta el término “expulsión” y “extrañamiento”. Aunque, la última institución hace referencia a casos específicos establecidos en el artículo 64 de la ley 25.871.

⁴ De conformidad con lo establecido por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, a las que adhirió la Corte mediante la acordada 5/2009 (de fecha 24 de febrero de 2009), los migrantes son considerados personas en condición de vulnerabilidad (Capítulo I, Sección 2, “Beneficiarios de las Reglas”, punto 6), calificación que implica reconocer que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Capítulo I, Sección 2, punto I, apartado 3) e impone el deber de prestarles asistencia de calidad, especializada y gratuita (Capítulo 2, Sección 2, punto 2), así como de revisar las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

⁵ Véase, Ley 25.871, Migraciones, Política Migratoria Argentina. Derechos y obligaciones de los extranjeros. Atribuciones del Estado. Admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones. Ingreso y egreso de personas. Obligaciones de los medios de transporte internacional. Permanencia de los extranjeros. Legalidad e ilegalidad de la permanencia. Régimen de los recursos. Competencia. Tasas. Argentinos en el exterior. Autoridad de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias. Ley sancionada el 17 de diciembre de 2003 y promulgada de hecho el 20 de enero de 2004.

tir del precedente de Fallos: 343:990 (“Barrios Rojas”)⁶, la jurisprudencia de ese tribunal supremo mantuvo una inercia ascendente en tratar las distintas cuestiones relativas a la ley 25.871. En efecto, de público notorio, no hay acuerdo plenario hasta la actualidad en que el alto Tribunal no trate una cuestión relacionada con la ley de migraciones. Aunque, no puedo dejar de mencionar que, con anterioridad al año 2020, la Corte había emitido el importante precedente de Fallos: 341:500 (“Apaza León”)⁷ para los fines del presente trabajo.

En este contexto de ideas, con un objetivo didáctico me enfocaré en algunas cuestiones relativas a las causales de expulsión, en particular, cuando el migrante fue condenado a una pena privativa de libertad y se toma esa condena como causa del extrañamiento. Y, así las cosas, el presente trabajo tiene como finalidad efectuar una interpretación sobre las distintas premisas que poseen las causales de expulsión que estableció la ley federal de migraciones en particular la de sus artículos 29 (inciso c) y 62 (inciso b).

Sin más preámbulos, pasaré a realizar un análisis exegético de los incisos c) del artículo 29 e inciso b) del artículo 62, ambos, de la ley 25.871 y advierto al lector que la opinión dada en este trabajo puede o no tener su correlato en la jurisprudencia emanada de los órganos pertinentes, en especial, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 29, INCISO C), DE LA LEY 25.871.

Para dotar de autosuficiencia, conviene mencionar que, el artículo 29 estableció que serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: “c) 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 en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

La norma de mención expresó los términos “condena” y “antecedente” como premisas independientes para declarar irregular la permanencia y proceder a la expulsión. Así, en relación con el último término, la ley 25.871 aludió a tener “antecedentes” y el decreto 616/2010 que reglamentó la ley de Migraciones nº 25.871, en su artículo 29 sostuvo que “...a los fines previstos en el artículo 29, incisos c), e), f), g) y h) de la ley Nº 25.871, se entenderá por ‘condenado’ a aquel extranjero que registre una sentencia condenatoria firme y por ‘antecedente’, la condena no firme o el procesamiento firme dictados en su contra. El antecedente o la condena que se

⁶ Véase, CSJN, causa CAF 031968/2011/CS001, caratulada: “*Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recuso directo para juzgados*”, sentencia del 24 de septiembre de 2020.

⁷ Véase, CSJN, CAF 046527/2011/CS001, caratulada: “*Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados*”, sentencia del 8 de mayo de 2018.

registre en el exterior sólo serán computados cuando el hecho que los origina constituya delito para la ley argentina”⁸.

En Fallos 330:4554 (“Zhang”) la Corte Suprema sostuvo que el artículo 29 determinó una serie de impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros, entre los que no se encuentra la “proclividad al delito”, causal bajo la cual se negó el pedido de residencia. Por el contrario, el supremo aseveró que se abandonó esa categoría sustancialmente subjetiva para establecer la necesidad en todos los casos, de la existencia de una condena penal (incisos c), f), g) y h), del artículo 29), requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso⁹.

Esa doctrina es coherente con la opinión de requerir en todos los casos la existencia de una condena penal y agregó que se encuentre firme, requisito esencial a la luz del principio de inocencia y del resguardo del debido proceso¹⁰.

También el criterio esgrimido en “Hang Zhang” por parte del tribunal supremo fue afirmado y ampliado en el caso “Alcaraz Páez”¹¹, cuando agregó que, con respecto a las garantías mínimas

⁸ El artículo 29 del Decreto 70/2017 amplió la situación y expuso que “A los efectos de los incisos c), d), h) y j), entiéndase por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable”.

⁹ Véase, causa Z. 138. XL, caratulada: “Zhang, Hang c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, sentencia del 23 de octubre de 2007”. En especial el Considerando 8°).

¹⁰ No obstante, concuerdo plenamente con la crítica que se efectuó en doctrina sobre el precedente “Zhang”, cuando se afirmó que “...existen varios supuestos en que la norma permite denegar el ingreso al país de un extranjero, o cancelarle la residencia y expulsarlo, en razón de una imputación penal que fue comprobada mediante una sentencia firme, de poseer antecedentes penales -sin limitarlos a los condenatorios- o de evidenciar una ‘conducta reiterante en la comisión de delitos’. Es más, la ley llega al punto de autorizar la ejecución de la expulsión de un extranjero cuando éste haya sido procesado penalmente (...) La crítica a esta línea de argumentación apunta a señalar que, al negar que la ley establece lo que sí estipula, la Corte sobresimplificó indebidamente la cuestión y se desaprovechó una valiosa oportunidad para sentar una doctrina constitucional que permita asegurar de modo duradero la vigencia del principio de inocencia (...) Por ello, un ejercicio optimizado de la adjudicación constitucional hubiera aconsejado que la Corte sentara como regla clara que la prohibición del ingreso o de permanencia de un extranjero al país, sin que se hubiera dictado una sentencia condenatoria firme, viola el principio fundamental de presunción de inocencia. Un pronunciamiento de esta naturaleza, fundado en una exégesis constitucional, hubiera proporcionado una regla clara y precisa para invocar la aplicación de dicho principio a todos los supuestos que la ley migratoria prevé que lo desconocen” y se concluyó que “...este fallo acierta en reconocer la vigencia de una garantía constitucional como la de presunción de inocencia en la materia, lo que de por sí constituye un paso trascendente. Sin embargo, la Corte desaprovechó una oportunidad valiosa para receptar los criterios jurisprudenciales emanados de los órganos internacional de protección de los derechos humanos y adecuar a ellos la normativa fijando criterios sustantivos que aseguren debidamente el principio de legalidad e inocencia y limiten la discrecionalidad con la que estas prohibiciones se pueden aplicar, para resguardar así tanto el derecho fundamental de los extranjeros alcanzados por ellas a no ser separados de su grupo familiar residente en el país, como también los derechos específicos de los hijos menores de edad” (véase, María Margarita MAXIT, *El fallo “Zhang”: derecho penal e inmigración; su cruce en la ley 25.871*. En: Pitlevnik, Leonardo G. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 5. Hammurabi año 2008, p. 270-271 y 292).

¹¹ Véase, CAF 63829/2019/2/RH1, caratulada: “Alcaraz Páez, Jesika Lorena c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 19 de diciembre de 2024. En especial el Considerando 6°).

judiciales consagradas en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –entre las que se encuentra la presunción de inocencia– por lo que sostuvo que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes¹².

Así, la interpretación que brindó el decreto reglamentario sobre el vocablo “antecedente” que fue efectuada por el entonces Poder Ejecutivo Nacional afecta el estado de inocencia de una persona reconocida en forma constitucional. En este orden de ideas, la Constitución Nacional estableció una regla conforme a la cual los habitantes de la nación, que no sean condenados por sentencia firme, gozan de un estado de inocencia y ese estado solo es destruido por una condena no revisable¹³. Y, es patente, en ese sentido la Convención Americana dispuso en el artículo 8, inciso 2, que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En definitiva, no quiero agotar al lector, considero que el decreto resulta inconstitucional debido a que afecta el principio de inocencia garantizado por la Constitución Nacional¹⁴.

Al margen de lo expuesto, la interpretación esbozada en el decreto de mención arroja una consecuencia posible, pero entiendo no deseable. Para demostrar con un caso hipotético, una persona migrante resulta imputada de un delito y, en virtud de ello, tiene un procesamiento firme, esta situación fáctica habilita a migraciones a expulsar a esa persona de conformidad con el decreto 616/2010. Transcurre un proceso rápido de expulsión y las disposiciones migratorias quedan firmes y ejecutoriadas, hasta puede generar la orden de retención¹⁵. Sin embargo, con posterioridad en la causa penal el migrante va a juicio oral y público y consigue una sentencia absolutoria que no es recurrida por el fiscal, con lo que queda firme el acto liberatorio. En definitiva, la persona no tendría ninguna causa penal abierta, ni antecedente, ni nada por el estilo que hubiera habilitado una orden de expulsión. Ello, debido a que el artículo 51 del Código Penal estableció que todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. De hecho, es el propio artículo 29 del decreto 616/2010 que menciona que en ambos casos (antecedente y condena) el registro de las sentencias condenatorias caducará conforme lo dispuesto en el ar-

¹² Y añadió que, es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (con cita de Fallos: 335:1126 “Losicer”).

¹³ En efecto, la Corte Suprema sostuvo en Fallos: 310:1797 (“López”) que la expresa indicación del procesado de recurrir ante el tribunal impide considerar firme al pronunciamiento. Criterio refrendado en Fallos: 330:2826 (“Olariaga”) por dicho tribunal.

¹⁴ Y, por lo demás, si se pretende salvar la constitucionalidad, se puede interpretar en forma analógica a que “antecedentes” hace referencia a “antecedentes condenatorios penales”.

¹⁵ Para mayor ilustración sobre el tema véase: CSJN, Fallos: 345:1034 (“García”), causa CAF 40983/2017/3/RH2, caratulada: “García, Arsenio c/ EN – M Interior OP y V – DNM s/ recurso directo para juzgados”, sentencia del 20 de septiembre de 2022.

título 51 del Código Penal, con lo que se concluiría con una consecuencia no deseable por el Poder Ejecutivo, en cuanto a que se puede llegar a expulsar sin causa si se interpreta de ese modo la noción de “antecedente”¹⁶.

Más allá de lo aseverado con respecto al concepto de “antecedentes”, el inciso c) del artículo 29 presenta otra cuestión a resolver proveniente de cómo se encuentra redactado y, en especial, del uso de la letra “o” como disyuntiva, o sea, entre dos o varias alternativas se debería elegir una de ellas para que sea subsumible como causa impeditiva del ingreso y permanencia. En efecto, la cuestión a resolver es qué conductas se encuentran atrapadas en el inciso precitado y se presentarían tres opciones alternativas: (**opción “a”**) ser condenado por cualquier delito (“*Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior*”), (**opción “b”**) tener antecedentes por una categoría de delitos determinado (“*tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas*”) y (**opción “c”**) ser condenado (o antecedentes) a una pena privativa de libertad de tres años o más (“*pena privativa de la libertad de tres (3) años o más*”).

Para un primer acercamiento, en el caso de Fallos: 341:500 (“Apaza León”)¹⁷ se debatió el uso de la disyuntiva “o” en el texto del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 y la Corte Suprema afirmó que dicha utilización no evidencia que el legislador buscara que dicha disyunción operase como excluyente entre “antecedente” y “condena”.

En tal sentido, expuso que, la inteligencia de la norma sustentada por el sentenciante, según la cual la causal que impide la permanencia en el país se verifica con la existencia de condena por cualquier clase de delitos (o ante la presencia de antecedentes relacionados con los delitos que menciona la norma o con aquellos que merezcan penas de tres años o más), dejaría sin sentido a las previsiones de los incisos f), g) y h) del mismo artículo 29¹⁸. Todas ellas contemplan, como causales impeditivas, la condena impuesta al interesado por los delitos que allí se especifican, que son distintos de los aludidos en el inciso c). Asimismo, dijo que, si la regla establecida en el inciso c) fuese que todo migrante puede ser expulsado por haber sido condenado por cualquier delito (sin importar la cuantía de la pena), las previsiones de los otros incisos mencionados serían redundantes, ya que los casos regulados por esos incisos encuadrarían en esta regla general. Por consiguiente, la Corte concluyó que la interpretación plausible del inciso c) del artículo 29 de la ley 25.871 es que tanto la “condena” como los “antecedentes”, para poder justificar la

¹⁶ Por lo demás, en similar sentido, se puede mencionar los casos en que culminan con un sobreseimiento debido a la extinción de la acción penal (de conformidad con el artículo 62, CP) o aquellos casos en donde es procedente el instituto previsto en el artículo 59 del Código Penal y también se extingue la acción penal.

¹⁷ Véase, en especial, Considerando 6°, de la causa CAF 046527/2011/CS001, caratulada: “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, sentencia del 8 de mayo de 2018.

¹⁸ Al respecto, la ley de migraciones dispuso: “...f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas”.

prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso (tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas), o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más. De acuerdo con este inciso quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal (o tuviera antecedentes) por alguno de los delitos mencionados, o por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impediente reglada en la norma¹⁹.

Sentada esa interpretación precisa que efectuó la Corte Suprema sobre la norma, del inciso c) del artículo 29 surgen dos supuestos distintos para proceder a la expulsión de la persona. El primero de ellos, es que la persona tuvo que haber sido condenada (o tener antecedentes) por una categoría de delitos, como son los delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas sin importar la pena mínima del delito en cuestión que se le reproche (**opción “a” y “b”**) y, el segundo supuesto, no acumulativo, es que la persona haya sido condenada (o antecedentes) por un delito cuya pena privativa de la libertad sea de tres (3) años o más (**opción “c”**).

A pesar de lo mencionado, en diversos expedientes, la Dirección Nacional de Migraciones sigue insistiendo (sin aportar nuevos argumentos) en sus recursos ante la Corte Suprema²⁰ que, el hecho de haber sido precisamente condenado por un tribunal argentino encuadra en el precepto legal de ser susceptible de expulsión, al constituir conforme el espíritu de la norma un “impedimento de ingreso y permanencia de extranjeros” en el territorio nacional²¹.

Con respecto a la pena, también la Corte Suprema en el caso mencionado “Apaza León” aludió a qué se debe entender por pena de prisión privativa de libertad. En este sentido, afirmó que la

¹⁹ No obstante, en su voto el ministro Horacio Rosatti afirmó que “...la adopción de una u otra postura hermenéutica encuentra suficiente sustento en idénticos fundamentos: ambas surgen de la letra de la ley; tanto una como otra puede justificarse en la imposibilidad de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, según se haga hincapié en el vocablo “o” del inciso c del artículo 29, o en la frase ya citada (incisos f, g y h); las dos perspectivas pueden encontrar sustento en los antecedentes parlamentarios de la norma; y, a primera vista, ninguna colisiona con la Constitución Nacional”.

²⁰ Persiste el planteo en la sede extraordinaria y en las instancias anteriores.

²¹ Ello, dijo migraciones, toda vez que al interpretar el artículo 29 dicho organismo dilucida que cuando se emplea en una norma la partícula “o”, se trata de una conjunción que no resulta copulativa sino disyuntiva y es por ello que entendió que su empleo no requería que concurren las dos (haber sido condenado sin importar la pena o antecedente y condena de tres años) circunstancias previstas legalmente, al mismo tiempo. A lo que agregó que, en estos términos, de la lectura de la norma resulta claro que se establecen dos supuestos diferentes: (i) haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina o en el exterior; “o” (ii) tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más. Alcance que se confirma con el vocablo disyuntivo “o” utilizado por el legislador para distinguir los presupuestos, situación que hubiese sido distinta si se hubiera empleado la conjunción copulativa “y” (Ese criterio se puede observar en el recurso extraordinario federal de fecha 22 de agosto de 2024 en torno a la causa CAF 000478/2021, caratulada: “Nuccio, Sergio c/ EN–M del interior, obras públicas y vivienda–DNM s/recurso directo DNM” -hasta el 31 de diciembre de 2024 no resuelto por la Corte Suprema-).

interpretación plausible del inciso c) del artículo 29 de la ley 25.871 es que quien en el país o en el exterior haya sufrido condena penal por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impeditiva reglada en la norma²².

En mi opinión, el caso citado fijó una pauta de interpretación en aquellos supuestos del inciso c) del artículo 29 de la ley 25.871 que requieren pena para proceder al extrañamiento y expuso que se debe tomar en cuenta en abstracto el mínimo de la pena prevista en la escala penal que debe ser de tres o más años para habilitar el extrañamiento²³.

A modo de ejemplificar, tomemos el delito de lesiones previsto en el Código Penal. Al respecto, el artículo 89 previó las lesiones “leves” con prisión de un (1) mes a un (1) año. A su vez, el artículo 90 estableció las lesiones “graves” con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años. Y, para finalizar, en el artículo 91 se instauró las lesiones “gravísimas” con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años. En tal sentido, desde mi interpretación, no importa en concreto el monto de la pena que fue impuesta en la sentencia, lo que interesa para la aplicación del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 es la escala penal del delito previsto en abstracto. Por lo tanto, del ejemplo dado, la persona que fue condenada por lesiones “leves” o “graves” no puede ser expulsada debido a que la escala penal de esos delitos no tiene como mínimo una pena privativa de libertad de tres (3) años o más. Así las cosas, solo el delito de lesiones “gravísimas” daría lugar a la aplicación de la expulsión prevista en el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871.

Concatenado con lo anterior, también hay que tener en cuenta si el delito por el que fue condenado quedó en grado de conato o tentado (artículo 44, CP) o es cometido por un partícipe

²² Véase, Considerando 6°) del caso “Apaza León”. El Procurador Fiscal dictaminó que constituye impedimento de ingreso y permanencia la condena por delito que merezca en la legislación argentina una pena privativa de la libertad de 3 o más años. En el caso, el señor A.L. fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 28, a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, por considerarlo coautor material penalmente responsable del delito de robo agravado, en grado de tentativa. En consecuencia, de acuerdo con los artículos 42 y 44 del Título VI del Código Penal, que regulan sobre la aplicación de la pena en los casos de delitos no consumados, el delito por el que fue condenado prevé una pena inferior a la del impedimento invocado por la autoridad migratoria (véase, Dictamen del doctor Víctor Ernesto Abramovich Cosarín de fecha 9 de febrero de 2017).

²³ Con un criterio contrario, se aseveró que en “Apaza León” se tuvo en cuenta la pena efectivamente impuesta. Y, además, se indicó que, es posible vislumbrar un nuevo espacio de conflicto en la medida en que, a través de las apelaciones interpuestas por el Estado nacional, se intentó argumentar que la pena a tener en cuenta debe ser la prevista en abstracto en la legislación y no la efectivamente impuesta (véase, Analía CASONE, *El fallo “Apaza León” y la interpretación del art. 29(C) de la ley de migraciones: una lectura en clave de derechos humanos*. En: Pitlevnik, J.G. (2018) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 25, editorial Hammurabi, p. 115). También puede llevar a la confusión lo expuesto por la Corte Suprema en el precedente de Fallos: 344:3600 (“Otoya Piedra”) debido a que, en donde se estaba discutiendo la dispensa por reunificación familiar, expuso en los antecedentes del caso que “...la situación del actor puede encuadrarse en la causal impeditiva de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 por cuanto fue condenado a la pena de nueve (9) años de prisión como autor del delito de homicidio simple” (véase, causa CAF 4024/2018/CA1-CS1, caratulada: “Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/recurso directo DNM”, sentencia de 7 de diciembre de 2021). Explico que el embrollo de “Otoya Piedra” viene dado porque el delito de homicidio tiene una pena mínima de prisión de ocho (8) años y la Corte hace referencia en la última parte de la frase que el actor “...fue condenado a la pena de nueve (9) años de prisión como autor del delito de homicidio simple”.

secundario (artículo 46, CP), toda vez que esos institutos con la imprecisa frase de que se disminuirá de un tercio a la mitad reescriben la escala penal en abstracto, en especial aquí, afectan al mínimo. Al respecto, en esos casos, la escala penal surge de la disminución en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de la escala penal prevista para el delito consumado²⁴. Por lo tanto, para ilustrar, descartados los delitos de lesiones “leves” y “graves”, si la persona es condenada por ser partícipe secundario del delito de lesiones “gravísimas” o ese delito queda en grado de tentativa, la pena mínima sería de un (1) año y seis (6) meses prisión, por ende, no encuadraría en la causal del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 debido a que no posee una “pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

A todo evento, un caso paradigmático podría ser que la persona sea condenada por lesiones “gravísimas” de un familiar (con la escala penal de un mínimo de tres (3) años) y que, con una interpretación judicial, se perfore el mínimo legal y se lo condene por una pena inferior a tres (3) años de prisión o directamente se prescindiera de la aplicación de la pena en virtud de una pena natural. No obstante, al no tener previsión legal la perforación del mínimo y tampoco la adopción de la pena natural, considero que corresponde la aplicación del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, ya que, en caso contrario, quedaría en manos de los jueces la suerte del migrante: en aquellos tribunales que adopten esos institutos la persona será beneficiada y no será expulsada en sede administrativa y, al contrario, en aquellos casos que no lo apliquen lo serán²⁵.

No puedo ocultar un dato de la realidad relativo a que, de una búsqueda de los precedentes de la Corte Suprema la frase textual: “...por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión, encuadraría en la causal impeditiva reglada en la norma” solo se insertó en Fallos: 341:500 (“Apaza León”). Ergo, esa frase nunca más se volvió a insertar en un precedente. Un paso más. Si bien es cierto que la Corte Suprema en casi la totalidad de los precedentes que resolvió con remisión a “Apaza León”, la sentencia condenatoria era inferior a los tres (3) años²⁶; no lo es menos que, existió un caso en donde la pena de prisión

²⁴ Véase, Plenario nro 2 “Villarino, Martín Patricio y otros s/ recurso de casación”, Cámara Federal de Casación Penal, resuelto el 21 de abril de 1995; Plenario nro. 173, “Luna, Gustavo G.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resuelto el 19 de febrero de 1993; “Lossaso”, CNCCC 23697/2015/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 1182/2017, resuelta el 14 de noviembre de 2017 y “Fernández”, CNCCC 67773/2016/TO1/CNC1, Sala 3, Reg. nro. 725/2018, resuelta el 19 de junio de 2018.

²⁵ En esos casos, interesa mencionar que la posición que adopta a la condena y no la pena mínima de la escala penal del delito en cuestión como pauta dirimente para poder expulsar a la persona debería no conceder el extrañamiento en casos de perforación del mínimo o en relación con la aplicación de una pena natural.

²⁶ Expongo las causas en donde la Corte Suprema se remitió a “Apaza León” con su correspondiente condena: AÑO 2018: CAF 029249/2014: seis (6) meses; AÑO 2019: CAF 38106/2017: un (1) año; CAF 52700/2017: un (1) año y seis (6) meses (PU); CAF 25164/2012: cinco (5) meses + once (11) meses (sin PU. + artículo 50, CP); CAF 32117/2016: un (1) año y nueve (9) meses + cinco (5) meses (sin PU); CAF 56123/2013: dos (2) años y siete (7) meses; CAF 83792/2015: un (1) año y seis (6) meses (PU); CAF 39553/2013: cinco (5) meses + un (1) año; CAF 50401/2016: un (1) año (+artículo 50, CP); CAF 6596/2013: dos (2) años (PU); CAF 47320/2017: seis (6) meses; CAF 72691/2017: dos (2) años y seis (6) meses; CAF 52745/2017: ocho (8) meses; CAF 50897/2017: dos (2) años; CAF 60214/2017: dos (2) años y tres (3) meses; CAF 54786/2017: dos (2) años y tres (3) meses; CAF 52698/2017: un (1) año y cuatro (4) meses; AÑO 2020: CAF 040951/2017: dos (2) años; CAF 52994/2017: un (1) año y seis (6) meses; CAF 1589/2015: dos (2) años; CAF 16317/2018: ocho (8) meses; CAF 072373/2017: seis (6) meses; AÑO 2021:

decretada en la sentencia fue mayor a tres años y cuyo delito tenía un mínimo de escala penal inferior a los tres años.

Así las cosas, para los partidarios de tomar la condena como parámetro de verificar si se está incurrido en el inciso c) del artículo 29, sería un “no caso” la causa “Rodríguez Céspedes” que resolvió la Corte Suprema con remisión a “Apaza León”²⁷. Ello debido a que la persona migrante tenía una condena a la pena de tres (3) años y siete (7) meses de prisión por ser autor penalmente responsable del delito de robo con arma en grado de tentativa. Al respecto, nótese que el artículo 166 del Código Penal estableció una escala penal de cinco (5) a quince (15) años. Sin embargo, con la aplicación de la tentativa (artículo 42, CP), en lo que aquí interesa, el mínimo de la escala penal se reconduce a dos (2) años y seis (6) meses de prisión, por lo que la situación del migrante no encuadró en la causal impeditiva “...por delitos cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión” como lo dijo al pasar la Corte Suprema en “Apaza León”.

CAF 67203/2017: dos (2) años; CAF 52701/2017: un (1) año y siete (7) meses; CAF 67203/2017: dos (2) años; CAF 8059/2018: dos (2) años (además tenía una condena por transporte de estupefaciente que fue dictada con posterioridad a la orden de expulsión); AÑO 2022: CAF 35325/2012: dos (2) años; AÑO 2023: CAF 78217/2018: seis (6) meses; CAF 67205/2017; CAF 030195/2018: un (1) año y seis (6) meses (PU); CAF 32887/2019: dos (2) años; FMP 23143/2017: un (1) año y seis (6) meses; CAF 67694/2015: un (1) año; AÑO 2024: CAF 174/2019: nueve (9) meses; CAF 27012/2019: seis (6) meses; CAF 33121/2019: tres (3) meses + un (1) mes = pena única de cuatro (4) meses (aunque con la pena única hubo un “Roa Restrepo”, Fallos: 344:1013); CAF 89675/2017: dos (2) años; CAF 30935/2019: dos (2) años y seis (6) meses; CAF 3878/2019: dos (2) años; CAF 30195/2018: un (1) año y seis (6) meses (PU); CAF 032887/2019: dos (2) años.

²⁷ Véase, causa CAF 67694/2015/2/RH1, caratulada: “Rodríguez Céspedes, Edwin c/ EN – M Interior y T - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 12 de septiembre de 2023. A fin de aventar cualquier tipo de dudas, convine precisar que, el 20 de julio de 2006 el Tribunal Oral en lo Criminal nº 21 de la ciudad, el migrante fue condenado a la pena única de dos (2) años y seis (6) meses. Esa condena, llevó a que, el 10 de diciembre de 2009, la Dirección Nacional de Migraciones (previo dictamen nº 001886 del 19/11/2009) mediante disposición SDX nº 184631, denegara la solicitud de residencia peticionada, cancelara la residencia precaria y, por lo tanto, declaró irregular la permanencia del señor Edwin Rodríguez Céspedes en el Territorio Nacional, ordenó su expulsión. Resolución que fue apelada por el migrante. Con posterioridad, el 16 de diciembre de 2010, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 10 de esta ciudad resolvió condenar al señor E.R.C., por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo con arma, en grado de tentativa, a cumplir la pena tres años y siete meses de prisión. Así dadas las cosas, al momento de resolver el recurso presentado, la Dirección Nacional de Migraciones, con fecha 26 de diciembre de 2012, dictó la disposición SDX nº 003395 (previo dictamen nº 001066) por la que resolvió rechazar el recurso jerárquico interpuesto y confirmar lo decidido en la disposición SDX nº 184631 y, en particular, afirmó que “...el extranjero resultó condenado el 16 de diciembre de 2010 por el TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N° 10 a la pena de TRES (3) años y SIETE (7) meses de prisión, por ser autor penalmente responsable del delito de robo con arma en grado de tentativa, encontrándose actualmente privado de su libertad. Que de acuerdo a los antecedentes expuesto, cabe colegir que la situación del extranjero encuadra en los impedimentos para ingresar y permanecer en el territorio nacional, preceptuado en el inciso c) del artículo 29”. Agotada la vía administrativa, se recurrió judicialmente y se llegó a la Corte Suprema. También menciono que en sede judicial se sostuvo erróneamente que la persona era reiterante (inciso b) del artículo 62) cuando se dirimía su situación irregular por el artículo 29 de la ley 25.871. Más allá de todo lo expuesto, la cámara al momento de querer cumplir con la sentencia de la Corte Suprema el actor ya había fallecido el 6 de marzo de 2023, con lo que el 2 de julio de 2024 declaró inoficioso pronunciarse.

Refuerza la tesis de tomar el mínimo de la escala penal en abstracto que se encuentra estipulada en el Código Penal o sus leyes complementarias ya que es un criterio objetivo que le quita la discrecionalidad a los tribunales penales de expulsar elípticamente a la persona. Veamos otro ejemplo, tomo el artículo 90 del Código Penal que estableció las lesiones “graves” cuya escala penal es de uno (1) a seis (6) años prisión. En razón de ello, una persona X es juzgada por el tribunal “1” y lo condenan a dos (2) años de prisión. El mismo día, en el tribunal contiguo “2”, Z es juzgado por el mismo delito y lo condenan a cuatro (4) años de prisión. Si se interpreta el inciso c) del artículo 29 a que hace referencia al mínimo de la escala penal en abstracto prevista en el tipo penal respectivo, en ese caso, X y Z no serían expulsado en sede administrativa. Al contrario, si se sigue la tesis de tomar el monto de la condena como parámetro para que sea operativo el inciso c) del artículo 29 se llegaría al absurdo de que por el mismo delito dos personas (solo por tomar el ejemplo) tendrían diferente suerte: X no sería expulsado y Z si lo sería. El margen de apreciación que tienen los tribunales penales, en virtud de las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, no pueden dirimir la suerte de la persona migrante y, por lo tanto, tampoco puede tener incidencia en la aplicación de la ley 25.871. En fin, debe quedar en manos del legislador federal quién debe ser expulsado y no en la mera voluntad de los tribunales (muchas veces locales).

Además, otro punto sería la cuestión de la pena única en virtud de la aplicación del artículo 58 del Código Penal. Así, en un caso en donde se debe aplicar el artículo 58 del Código Penal, primera hipótesis, el supuesto conocido como “unificación de condenas”, que tiene lugar cuando, después del dictado de una sentencia condenatoria firme, se deba juzgar a la misma persona por otro hecho cometido antes de esa condena. Tal circunstancia trae como consecuencia no solo la desaparición de la primera pena sino también de la condenación misma, subsistiendo solo la declaración de los hechos probados y su calificación legal. En otros términos, respecto de todo aquello que no queda incólume a raíz de la unificación de condenas, el juez que unifica actúa como primer juez de la causa.

Paso a hipotetizar, una persona es condenada por el delito previsto y reprimido en el artículo 119 del Código Penal (que establece una escala penal de seis (6) meses a cuatro (4) años de prisión) a la pena en concreto de tres (3) años y un (1) mes de prisión. Esa condena es tomada por migraciones para expulsar a la persona y así lo realiza. Sin embargo, en forma paralela a esa causa penal, la persona es juzgada nuevamente, ahora, por el delito previsto y reprimido en el artículo 164 del Código Penal (que establece una escala penal de un (1) mes a seis (6) años) y es condenada a la pena de dos (2) años de prisión y este último juez unifica y dicta en consecuencia la pena única de dos (2) años y seis (6) meses de prisión. Ergo, en ese especial caso, la condena que tomó migraciones para poder expulsar a la persona dejó de existir y quedó desplazada por la pena única. Así las cosas, resulta inadmisibles que se tome como pauta de expulsión, en esos casos, una condena que dejó de existir. Dicha incoherencia se resuelve tomando en cuenta la pena mínima de la escala penal en abstracto de los delitos reprochados, debido a que, esa escala no deja de existir al momento de unificar la condena.

Por añadidura, huelga en destacar que según el criterio de la Corte Suprema no se puede tomar como pauta para proceder a la expulsión el máximo de la escala de la pena privativa de libertad. Para graficar en la realidad la cuestión: una persona fue condenada por un tribunal oral a la

pena de tres (3) años de prisión en suspenso, por resultar penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa. Esa circunstancia llevó a migraciones a exponer que el monto máximo del delito excede lo contemplado en el inciso c) del artículo 29²⁸. Ante ello, pongo de manifiesto que el delito por el que fue condenado el migrante prevé una escala penal en abstracto de cinco (5) a quince (15) años (según artículo 166, CP), no obstante, como fue en grado de tentativa el mínimo se redujo a la mitad, dos (2) años y seis (6) meses; por lo tanto, esa nueva escala penal reducida no cubre el umbral mínimo de penalidad para proceder a la expulsión.

Así dadas las cosas, la argumentación esbozada por la Dirección de Migraciones se da de bruces con el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos: 341:500 (“Apaza León”), sin aportar nuevos y fundados argumentos que justifiquen no aplicar al caso la posición sentada por la Corte en el precedente citado. Por ende, destaco que, si bien es cierto que el cimero Tribunal solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, los jueces deben (aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido) conformar sus decisiones a las sentencias de ese tribunal dictadas en casos similares²⁹.

Desde otro andarivel de ideas, más allá de la escala penal que posea la figura típica penal, el artículo 29, inciso c), estableció una categoría de delitos que imputados y sancionados conllevará a que se deba expulsar a la persona. En tal sentido, es una categoría determinada de delitos en donde se prescinde de la pena mínima de prisión y son aquellos relativos a la condena por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas.

En relación con ello, destaco que, por un lado, esos delitos son una denominación taxativa y, por ende, no se puede ampliar por voluntad jurisdiccional y menos por opinión de la Dirección Nacional de Migraciones. A su vez, también los incisos d)³⁰, e)³¹, f)³², g)³³ y h)³⁴ del artículo 29

²⁸ En particular, sostuvo que el “...el migrante ha sido condenado por delito/S doloso (robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa), que tiene previsto pena de prisión de más de tres años. Es decir, en el caso de marras se trata de un “delito doloso” que conforme la legislación penal argentina, merece una pena privativa de libertad cuyo monto máximo previsto “excede” el máximo de tres años contemplado en el art. 29 y el máximo de cinco años contemplado por el art. 62 inc. b), ambos de la Ley Migratoria” (véase, causa CAF 77068/2018/CS1, caratulada: “Montenegro Equez, Hernán c/ EN - DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”. En especial, confrontar la contestación al recurso extraordinario federal en virtud del artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Causa pendiente de resolución por la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

²⁹ Obligación esta que se sustenta en la responsabilidad institucional que le corresponde a la Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (artículo 108 de la Constitución Nacional), los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional. Asimismo, la autoridad institucional de los precedentes de la Corte Suprema, fundada en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia da lugar a que, en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores.

³⁰ El mismo reza “...d) 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 el Tribunal Penal Internacional”.

contienen una categoría de delitos que se prescinde de la escala penal mínima para poder expulsar a la persona³⁵.

En la praxis se puede advertir que los órganos judiciales amplían el catálogo de delitos que no requieren pena para expulsar, más allá de los expresamente estipulados en forma legislativa. Esa situación especial llevó a la Corte Suprema a resolver el precedente registrado en Fallos: 347:824 (“Jiménez Pereira”)³⁶. En el caso, el migrante había sido expulsado debido a que fue condenado por un hecho de violencia contra la mujer. Al respecto, el nombrado poseía una condena a la pena única de dos (2) años de prisión por ser autor de los delitos de lesiones leves calificadas por la relación de pareja entre el imputado y la víctima, en concurso ideal con amenazas coactivas (en dos oportunidades) y desobediencia a un funcionario público. La mayoría de la Corte al momento de resolver se remitió a la causa “Apaza León” (Fallos: 341:500), aunque, el ministro Carlos Fernando Rosenkrantz en su voto particular afirmó que, la condena penal impuesta al actor en la que se fundó el acto de expulsión no encuadra en ninguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso —tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas—, ni alcanza el mínimo de tres años de pena privativa de la libertad. Es por ello que, concluyó, al crear una causal de expulsión no prevista normativamente, la sentencia de cámara incurrió en una indebida sustitución de atribuciones que corresponden a otros poderes y produjo una afectación a los derechos del recurrente consagrados en los artículos 14, 19 y 20 de la Constitución Nacional³⁷.

³¹ El mismo reza “...Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia”.

³² El mismo reza “...f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional”.

³³ El mismo reza “...g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio”.

³⁴ El mismo reza “...h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas”.

³⁵ Por cuestiones metodológicas esos incisos no van a ser motivos de análisis en el presente artículo.

³⁶ Véase, causa CAF 89675/2017/2/RH1, caratulada: “Jiménez Pereira, Fulgencio c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia de 11 de julio de 2024.

³⁷ En efecto, explicó que “...No hay duda de que las normas internacionales a las que alude la sentencia recurrida reconocen a las mujeres, especialmente cuando están en situación de vulnerabilidad, una mayor protección del Estado mediante la adopción de políticas públicas. Sin embargo, esas normas no contienen disposiciones específicas sobre el estatus migratorio de los extranjeros que residen en un país ni establecen causales de expulsión por razones de violencia de género. Ello tampoco se deriva del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional citado por la cámara. Por el contrario, el legislador argentino, ejerciendo la atribución que le confiere el artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional, ha dictado la ley 25.871 sobre Política Migratoria Argentina en la cual determinó las causales de expulsión de los migrantes en conflicto con la ley penal. Y, tal como se expuso antes, dentro de esas causales no se encuentran los delitos por los que fue condenado el recurrente”.

En forma similar, el alto tribunal resolvió el caso “Huaytalla Mendoza”³⁸ y también, “Taveras Carmona”³⁹. En esta última causa, la Corte aseveró que las razones vinculadas con el delito por el que fue condenado el actor⁴⁰, invocadas en el voto de la mayoría de la cámara para soslayar la aplicación de la doctrina establecida en el precedente “Apaza León”, no resultan idóneas ni suficientes para cumplir con la rigurosa carga argumentativa que se exige para justificar la inobservancia del deber que tienen los jueces de las instancias anteriores de conformar sus decisiones a las sentencias de este tribunal. Por ello, tales fundamentos no alcanzan a justificar el apartamiento de la citada doctrina de Fallos: 341:500.

También la Corte Suprema se expidió en relación con la categoría de delitos previstos en el inciso c) del artículo 29 de la ley 25.871, en el precedente de Fallos: 344:3683 (“Peralta”)⁴¹. En ese caso, el migrante fue condenado a dos (2) años y tres (3) meses de prisión de ejecución condicional por ser partícipe secundario penalmente responsable del delito de tentativa de contrabando calificado de estupefacientes. Al respecto, la Corte dijo que, el legislador, al sancionar el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, dispuso que la comisión de un delito referido a cualquiera de las etapas del proceso de tráfico de estupefacientes (almacenamiento, transporte, tenencia con fines de comercialización, etcétera) configura una causal de impedimento para la permanencia en el país, independientemente del monto de la condena, teniendo en miras el riesgo que esa actividad representa para la salud pública y la seguridad común⁴². Y finalizó que, atento a que el migrante fue condenado por la comisión, en grado de tentativa⁴³ y en su calidad de partícipe secundario, de un delito vinculado con el proceso de tráfico de estupefacientes, corresponde tener por configurada la causal de impedimento para permanecer en el país⁴⁴. Sin perjuicio de lo expuesto por la Corte, el Procurador General se remitió al precedente de Fallos: 341:500 (“Apaza León”) y le dio la razón al migrante que había recurrido la sentencia y concluyó que estaba mal expulsado⁴⁵.

³⁸ Véase, causa CAF 000174/2019/2/RH001, caratulada: “Recurso Queja N° 2 - Huaytalla Mendoza, Luis c/ En-m Interior op y v-DNM s/recurso directo dnm”, sentencia del 19 de diciembre de 2024. En esa causa el actor había sido condenado a la pena de nueve meses de prisión por ser autor del delito de abuso sexual simple reiterado en dos ocasiones.

³⁹ Véase, causa CAF 27012/2019/2/RH1, caratulada: “Taveras Carmona, René Vidal c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia 29 de octubre de 2024. En especial, Considerando 6°).

⁴⁰ De interés, la autoridad administrativa en virtud del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, conforme el texto modificado por el decreto 70/17, dispuso la expulsión puesto que el migrante había sido condenado a la pena de seis (6) meses de prisión de cumplimiento suspensivo por el delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo en concurso ideal con amenazas simples.

⁴¹ Véase, causa CAF 40105/2012/CA1-CS1, caratulada: “Peralta, Crispín Antonio c/ EN -M Interior DNM – resol 111/12 (ex 814477/06 80160/09) s/recurso directo DNM”, sentencia de 16 de diciembre de 2021.

⁴² Véase, Considerando 9°) del caso “Peralta”.

⁴³ La tentativa de contrabando tiene la misma escala penal que el delito consumado de conformidad con el artículo 472 del Código Aduanero. Constitucionalidad confirmada por la Corte Suprema en Fallos: 344:3458 (“Chukwudi”).

⁴⁴ Véase, Considerando 11°) del caso “Peralta”.

⁴⁵ Dictamen de la Procuración General emitido por el doctor Eduardo Ezequiel Casal el 4 de septiembre de 2020.

Nótese que la pena mínima del delito de tentativa de contrabando calificado de estupefacientes prevista en el artículo 865 es de cuatro (4) a diez (10) años de prisión y en su calidad de partícipe secundario el mínimo se rebaja a la mitad, según el artículo 46 del Código Penal⁴⁶. Por lo tanto, la pena mínima prevista para el delito era de dos (2) años, por lo que, en principio, no quedaba abarcado por el artículo 29, inciso c); sin embargo, se configura la causal de impedimento para permanecer en el país por la existencia de una condena por tráfico de estupefacientes, más allá del monto de la pena, si el delito se refiere a uno de los eslabones de esa actividad, tomando como referencia para su definición a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988⁴⁷, tal como sucedió en el caso precitado.

Al contrario de ello, la Corte Suprema se expidió en el precedente de Fallos: 345:270 (“Manzaba Cagua”)⁴⁸, donde la persona había sido condenada a la pena de dos (2) años y seis (6) meses de prisión por considerársela penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes previsto en el artículo 14, primera parte, de la ley 23.737. Al respecto, la Corte expuso que, debe tenerse en cuenta que en el mencionado artículo 29 se hace referencia exclusivamente al “tráfico de estupefacientes” y no se advierten razones que justifiquen interpretar que la comisión de cualquier delito vinculado con estupefacientes, en aquellos casos en los que no se probó que el condenado haya tenido intención de comercializar esas sustancias, genere, a los fines migratorios, consecuencias distintas de las que ocasionan otros tipos de delitos. Por ello, dijo que es razonable sostener una interpretación del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 según la cual se configura la causal de impedimento para permanecer en el país por la existencia de una condena por tráfico de estupefacientes, más allá del monto de la pena, solo si el delito se refiere a uno de los eslabones de esa actividad, tomando como referencia para su definición a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. En consecuencia, en los supuestos en los que la condena se refiera a un delito vinculado con estupefacientes sin relación con el proceso de tráfico de esas sustancias, como ocurrió en ese caso, no integra la categoría de delitos estipuladas en el inciso c) del artículo 29, por lo que se debe escrutar la pena mínima de prisión de la escala penal y, en “Manzaba Cagua”, resultó aplicable la doctrina establecida por la Corte en el precedente de Fallos: 341:500 (“Apaza León”)⁴⁹.

En otras palabras, en el caso de “Manzaba Cagua” no había duda de que el delito no cubría el umbral mínimo de una pena mínima de tres (3) años de prisión ya que el artículo 14, primera

⁴⁶ El artículo 861 del Código Aduanero estableció que *“Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta Sección las disposiciones generales del Código Penal”*.

⁴⁷ En particular, interesa destacar que, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 tipificó en el artículo 3°, inciso 1, apartado a) i) que el acto ilícito cubre variadas actividades: producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica.

⁴⁸ Véase, causa CAF 49605/2018/CA1-CS1, caratulada: *“Manzaba C, J c/ EN – M Interior OPy V- DNM s/recurso directo DNM”*, sentencia del 10 de mayo de 2022.

⁴⁹ Véase, Considerando 11°) del caso “Manzaba Cagua”.

parte, de la ley 23.737 posee una pena mínima de un (1) año. Al contrario, la discusión radicaba en si la tenencia simple de estupefacientes ingresaba en el tráfico de estupefacientes, como categoría de delito para proceder a la expulsión prescindiendo de la escala penal, cuestión que la Corte Suprema correctamente lo desechó.

Para completar, en relación con el tráfico de estupefacientes, como ya se dijo, la persona debe estar comprendida, tal como lo sostuvo la Corte Suprema, en el proceso de tráfico de estupefacientes (almacenamiento, transporte, tenencia con fines de comercialización, etcétera) para que sea procedente la expulsión. También quedaría atrapado en el inciso c) del artículo 29 la persona que fuera condenada por el delito del artículo 7° de la ley 23.737, esto es el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5° y 6° de esa ley. En igual sentido, el confabulador previsto en el artículo 29 bis de la ley 23.737. Al contrario, la tenencia de estupefacientes prevista y reprimida en el artículo 14° de la ley 23.737, primer y segundo párrafo, no encuadraría en la causal de expulsión. Tampoco se incluiría en la norma a los fines de la expulsión los casos especiales previstos en los artículos 12⁵⁰ y 13⁵¹ de la ley 23.737.

Con relación a los demás delitos que integran la categoría prevista en el inciso c) del artículo 29 haré las siguientes apreciaciones.

En relación con el delito de tráfico de armas, es de hacer notar que ese delito no se encuentra específicamente legislado en la República Argentina. Sin embargo, para que sea viable la premisa de tráfico de armas se tendrá que recurrir al delito de contrabando establecido en el Código Aduanero, como por ejemplo en los casos contemplados en el artículo 867⁵². A su vez, la tenencia de armas (civil o guerra) prevista en el Código Penal no cubre las expectativas del tráfico de armas, por lo que no integra el ámbito de protección del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 para proceder a la expulsión.

Con relación al tráfico de personas quedarían comprendidos los delitos previstos en el Capítulo VI de la ley 25.871, en especial los artículos 116 a 121⁵³. No obstante, también ingresaría en la

⁵⁰ El artículo reza “Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos; b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público”.

⁵¹ El artículo reza “Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista para el mismo se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”.

⁵² Dicha norma establece que “Se impondrá prisión de cuatro (4) a doce años en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se tratare de elementos nucleares, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la seguridad común salvo que el hecho configure delito al que correspondiere una pena mayor”.

⁵³ Sobre los mencionados delitos, véase para mayor profundidad: Maximiliano HAIRABEDIÁN, *Delitos migratorios*. Publicado en: LA LEY2007-D, 83 - Supl. Penal 2007 (junio), 27. Cita: TR LALEY AR/DOC/1918/2007; Patricia GALLO, *Tráfico de inmigrantes: ¿un delito sin víctima? Un análisis crítico de los arts. 116 y 117, Ley de Migraciones argentina (25.871)*. Publicado en: RDP 2012-4, 609. Cita: TR LALEY AR/DOC/3094/2022; y Alberto SANDHAGEN, *El delito de permanencia ilegal de extranjeros en el territorio de la República Argentina*

causal de expulsión los casos de trata de persona previstos en el artículo 145 bis cuando integran el tráfico de persona con el ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogimiento de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima. En este marco de ideas, conviene precisar, por un lado, que la trata de personas supone un atentado y grave violación de los derechos humanos y las libertades de las personas. Mientras que, por otro lado, el tráfico de inmigrantes es una actividad que atenta contra las normas y leyes de inmigración de los Estados. Como derivación de lo expuesto es que la trata de personas puede darse dentro o fuera del territorio nacional y el tráfico de personas supone siempre el paso de fronteras. Así dadas las cosas, el punto de contacto del derecho penal migratorio con la trata de personas, estará dada cuando esta última delincuencia haya tenido por objeto un inmigrante ilegal. En la mayor parte de los casos habrá una unidad de hecho que generará un concurso ideal (artículo 54, CP) (verbigracia: hacer ingresar clandestinamente al territorio nacional o acoger a una persona extranjera para su explotación laboral)⁵⁴.

Por otro lado, como categoría de delito se estableció el lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas. En tal sentido, en relación con el lavado de activos, quedan comprendidos los delitos establecidos en el Título XIII del Código Penal, en particular el delito previsto y reprimido en el artículo 303 y siguientes del título referenciado.

En relación con la premisa “inversiones en actividades ilícitas”, en el Código Penal no se encuentra tipificado un delito con esa denominación. Por lo tanto, ante ello, se puede argüir tres posturas: la primera es interpretarla como una categoría autónoma relacionada con todos los delitos, la segunda es dilucidarla que se encuentra emparentada con todas las categorías de delitos previstos en el inciso c) del artículo 29 y, la tercera, es interpretarla que se encuentra relacionada exclusivamente con el delito de lavado de dinero.

Ante ello, menciono que, se debe desechar la primera postura puesto que, aplicada en forma mecánica la premisa “inversiones en actividades ilícitas”, como supuesto independiente, conllevaría a que podría quedar subsumida las conductas que “inviertan” en una actividad ilícita cualquiera, quedando atrapada la “inversión” en un robo, la “inversión” en una estafa, la “inversión” para falsificar un documento, etcétera, con lo que, de seguir esa interpretación, la norma tendería a una extensión inusitada del texto de la ley con clara contravención al principio de legalidad.

En relación con la segunda postura relativa a que se relaciona con todos los delitos expresamente estipulados y que integran la categoría de delitos del inciso c) del artículo 29, dicha propuesta sería sobreabundante debido que esa conducta ya se encuentra subsumida en el tráfico de armas, de personas y de estupefacientes. Ejemplo de ello, es que la ley 23.737 previó expresamente en su artículo 7° al que financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los

na. Publicado el 27 de Octubre de 2021 en el sitio web: www.saij.gob.ar. Cita: Id SAIJ: DACF210188, entre otros.

⁵⁴ Véase, para mayor profundidad a Maximiliano HAIRABEDIÁN, *Tráfico de personas: la trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*. 2013, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 122-123.

artículos 5° y 6° de esa ley y los artículos 865, inciso h) y 866 del Código Aduanero. Asimismo, considero que invertir en actividades ilícitas desde el marco del tráfico de personas se encuentra comprendida en el verbo típico del artículo 117 de la ley 25.871, en cuanto a que *promoviere* la permanencia ilegal de extranjeros en el Territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

Por lo tanto, desechadas las anteriores, me inclino por la tercera postura, al menos para salvar la constitucionalidad de la premisa. En tal sentido, soy de la opinión que, en este caso especial, el uso de la disyuntiva “o” en el texto del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 no evidenció que el legislador buscara que dicha disyunción operase como excluyente entre “por lavado de dinero” y “inversiones en actividades ilícitas”. Por lo tanto, la premisa invertir en actividades ilícitas se debe encontrar vinculada en forma directa e inmediata con el delito lavado de activos⁵⁵. En tal sentido, el razonamiento aquí sustentado es coherente con el criterio relativo en cuanto a que la interpretación de la ley debe evitar asignar a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización del ordenamiento jurídico como un sistema; por tal motivo debe indagarse el verdadero alcance de las normas mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción⁵⁶.

En otro orden de cosas, la norma en comentario habilita la expulsión de la persona cuando fuera condenada en el país y/o en el exterior siempre y cuando sea por la categoría de delitos (verbigracia: tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas) o cuando fue condenado por un delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más. Acá la controversia se puede dar en relación con el último presupuesto⁵⁷. En efecto, ante una condena en el extranjero, a los fines demostrativos, si en la República Argentina el delito tiene un mínimo de tres (3) años o más y en la legislación foránea es menor a tres (3) años de prisión, según el artículo 29, inciso c), se debe proceder a la expulsión. Distinta respuesta sería el caso de que aquí en Argentina el delito tenga un mínimo menor a tres (3) años y en la legislación foránea sea igual o mayor a tres (3) años de prisión, toda vez que la norma estableció “que merezca para la legislación argentina

⁵⁵ En este orden de ideas, el blanqueo de dinero se abordó en el artículo 3.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Viena de 1988, que describe el blanqueo de dinero como: “*la conversión o transferencia de bienes, sabiendo que dichos bienes se derivan de cualquier delito(s), con el fin de ocultar o disfrazar el origen ilícito de la propiedad o de ayudar a cualquier persona que esté involucrada en dichos delitos a evadir las consecuencias legales de sus acciones*”. Así, el lavado de dinero es un proceso que normalmente sigue tres etapas para liberar finalmente los fondos lavados en el sistema financiero legal: (1) colocación (es decir, mover los fondos de la asociación directa con el delito); (2) fraccionamiento o transformación (es decir, disfrazar el sendero para frustrar la persecución); y, (3) inversión, integración o goce de los capitales ilícitos (es decir, poner el dinero a disposición del criminal de lo que parecen ser fuentes legítimas).

⁵⁶ Véase, voto del doctor Horacio Rosatti en Fallos: 347:759, causa CAF 12611/2016/1/RH1, caratulada: “*Gil Lozano, Claudia Fernanda c/ EN s/ amparo ley 16.986*”, sentencia del 2 de julio de 2024.

⁵⁷ No voy ahondar al respecto; sin embargo, aclaro que no interesa el *nomen iuris* de cómo se encuentra legislado en cada país, sino que es de interés la sustancia de la infracción y que sea delito en ambas legislaciones.

pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”, por lo tanto, en ese caso, no se debería proceder al extrañamiento.

En relación con la tipicidad subjetiva, en relación con la causal prevista en el inciso c) del artículo 29 de la ley 25.871 es indistinto el aspecto subjetivo con que se haya realizado la conducta penal. O sea, la conducta típica pudo haber sido cometido por culpa (por imprudencia, negligencia, impericia), dolo, ignorancia deliberada o puede ser un delito preterintencional. Ergo, al no aclarar el modo subjetivo y someterlo a una pena mínima o a una categoría de delitos, considero que el legislador abarcó todos los supuestos subjetivos de realización de la conducta típica penal⁵⁸.

En virtud de ello, quedaría comprendidos todos los delitos dolosos que se encuentran en la categoría de delitos (tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas) y aquellos delitos que merezcan para la legislación argentina pena privativa de libertad de tres (3) años o más.

Para finalizar, el Código Penal en los delitos culposos previó una escala penal más leve que los delitos dolosos y en algunos casos pena de multa. Por lo tanto, casi la totalidad de los delitos culposos quedan fuera de las previsiones del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 y ejemplo de ello son: los artículos 84 (prisión de uno a cinco años), 84 bis, primer párrafo, (prisión de dos a cinco años), 94 (prisión de un mes a tres años), 94 bis (prisión de uno a tres años), 177 (prisión de un mes a un año), 189 (prisión de un mes a un año), 196 (prisión de seis meses a tres años), 203 (prisión de seis meses a cinco años), 204 bis (pena de multa), 223 (prisión de un mes a un año), 253 ter (prisión de dos a ocho años), 254 (pena de multa), 255 (pena de multa), 262 (pena de multa) 277 ter (prisión de seis meses a tres años), 281 (pena de multa) y 293 bis (prisión de uno a tres años). A pesar de ello, la salvedad viene dada por el delito previsto y reprimido en el

⁵⁸ De modo adverso, se sostuvo que afirmar que cualquier condena alcanza para la expulsión de un extranjero llevaría al absurdo de permitir el extrañamiento por la comisión de delitos culposos (por ejemplo, lesiones culposas), ya que la norma no diferencia entre delitos dolosos y culposos. Esta circunstancia es, a todas luces, irrazonable atendiendo a parámetros de proporcionalidad entre gravedad del hecho y la consecuente sanción impuesta (véase, María Carolina ACUÑA SEERY – Marina SALMAIN – Santiago ROCA, *La interpretación de la causal de expulsión de extranjeros en la Ley de Migraciones*. Publicado en: LA LEY 08/06/2018, 4 - LA LEY 2018-C, 277 - DPyC 2018 (julio), 78. Cita: TR LALEY AR/DOC/1136/2018). Para aclarar, ante ello, aquí no interesa en forma subjetiva la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la consecuente sanción impuesta, sino que en forma objetiva ya viene dada por el legislador al momento de redactar el artículo 29 (inciso c) de la ley 25.871 puesto que ata la expulsión cuando la persona comete una categoría determinada de delitos o un delito cuya pena mínima es de tres (3) años de prisión. Esa relación entre el hecho y la escala penal no queda sujeta a interpretación judicial. A su vez, no hay absurdo en la interpretación de la norma en expulsar a una persona por un delito culposo, como puede ser el homicidio culposo, si bien no se encuentra en la categoría de delitos como elegible para ser expulsado si lo es por la escala penal mínima que posee dicho delito. En este orden de ideas, TAZZA expuso que, se puede apreciar, como crítica al artículo 29, inciso c), que la norma no discrimina entre condena por delito doloso o culposo, en cuyo caso tal vez no merezca ser considerada como impedimento de ingreso o permanencia; como así también la ambigüedad de la expresión “tener antecedentes” cuya vaguedad permitiría valorar tanto la mera denuncia como la imputación de un delito de aquella naturaleza, aunque con posterioridad se hubiera obtenido una resolución favorable al extranjero (véase, Alejandro Osvaldo TAZZA, *Ley 25.871. Extranjeros. Política migratoria*. Publicado en: ADLA2004-E, 6549. Cita: TR LALEY AR/DOC/82/2000).

artículo 84 bis (conducción temeraria), segundo párrafo, que estableció una escala penal de tres (3) a seis (6) años, por lo tanto, la persona con residencia transitoria o temporal que es condenada por ese delito quedaría comprendida dentro de las previsiones del artículo 29, inciso c), de la ley 25.871 y puede ser expulsada.

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 62, INCISO B), DE LA LEY 25.871.

En este apartado trataré los casos que quedan subsumidos en el artículo de mención que, hasta la fecha, no tuvieron ningún precedente -sobre la sustancia del artículo- emitido por la Corte Suprema para poder aclarar los alcances de la norma⁵⁹.

El artículo 62 estableció que la Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando: “b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme”.

Así las cosas, adelanto que, la normativa estableció para la cancelación de la residencia que el residente “...merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos”. Aquí, el uso de la “o” por parte del legislador indica que está separando dos situaciones distintas, no acumulativa, o sea, cualquiera que se origine da lugar a la cancelación de la residencia permanente, con sus correspondientes requisitos.

En este orden de ideas, la norma de referencia se encuentra estructurada por dos supuestos que no son diferentes, a mi entender, aunque a uno de ellos, el legislador incomprensiblemente los dotó de distintos requisitos para su operatividad.

El primer supuesto **(a)** es que el residente debe ser condenado en la República Argentina por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años. Y, a ello, se le adicionó que, cumplida esa condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme.

El segundo supuesto **(b)**, no tan distinto al anterior en cuanto a la sustancia, es que el residente permanente registre una conducta reiterante en la comisión de delitos.

⁵⁹ Se toma como marco como fecha de referencia hasta el 31 de diciembre de 2024.

Para mayor precisión, conviene aclarar lo siguiente. Si bien en el segundo supuesto el legislador en forma expresa demanda la reiterancia delictual; no lo es menos que, en el primer supuesto, según mi opinión, en forma elíptica, también se la requiere, puesto que estipuló para su operatividad, la existencia de una pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años y, en lo que aquí interesa, se debe adunar uno o varios de los impedimentos del artículo 29 de la ley 25.871.

De conformidad con ello, en primer lugar, adelanto que la reiterancia del primer supuesto del inciso b) del artículo 62 es *genérica*, puesto que refiere a infracciones de distinta naturaleza. Mientras que, en contraposición a ello, la reiterancia del segundo supuesto del inciso b) del artículo de mención es *específica*, ya que demanda una repetición de delitos de la misma naturaleza. En segundo término, aclaro que, la reiterancia del segundo supuesto del inciso b) es *impropia o ficta*, debido a que requiere la condena independientemente de que la haya cumplido o no, pues no exige que la persona haya tenido tratamiento penitenciario, pero si debe encontrarse firme. Mientras que la reiterancia de la primera hipótesis del inciso b) es *propia o real* porque reclama que la persona haya cumplido toda la condena⁶⁰.

También, conviene aclarar aquí que, tanto en relación con el primero y segundo presupuesto del inciso b) del artículo 62, en ningún caso se requiere previamente que a la persona se la declare reincidente en virtud del artículo 50 del Código Penal para poder cancelar la residencia permanente.

Por otro lado, destaco que, el legislador no estableció ningún distingo entre el modo de comisión activa u omisiva del delito, por ende, no es un impedimento para que la conducta omisiva u activa encaje en lo previsto por el artículo 62, con las salvedades relativas que se harán respecto al umbral mínimo y el aspecto subjetivo.

Para finalizar, en virtud del inciso b) del artículo 62 la persona tuvo que haber sido condenada en la República Argentina y no es de interés ninguna sanción en un país foráneo, a diferencia del artículo 29 de la ley 25.871.

3.1 El primer supuesto previsto en el inciso b) del artículo 62:

En relación con el primer supuesto, lo voy a dividir a los fines didácticos en tres requisitos que deben satisfacerse en forma consecutiva para cancelar la residencia:

- (a) el residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años;
- (b) cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia y, en caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme; y para finalizar;

⁶⁰ En mi opinión, dicha tesis proviene de que el inciso de mención estableció “...En el primer supuesto cumplida la condena...”.

(c) se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley.

Resalto que, si uno de esos requisitos no se origina, la Dirección Nacional de Migraciones no puede cancelar la residencia otorgada y menos puede ser confirmada por el Poder Judicial.

Sentado ello, en relación con el requisito estipulado en (a), el legislador previó que la pena sea "...mayor de cinco (5) años". En efecto, el término "mayor" según el Diccionario de la Real Academia española, en su primera acepción, significa "...Que excede a algo en cantidad o calidad"⁶¹. O sea, según esa definición el término "mayor" no significa "similar" o "equivalente". Por lo tanto, el mínimo de la escala penal que habilita la cancelación de la permanencia según el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871 es una pena de cinco (5) años y un (1) día y en adelante. Lo que equivale a mencionar que la pena mínima de la escala penal que se sitúe en forma precisa en cinco (5) años no encuadra dentro de la previsión citada precedentemente para proceder al extrañamiento. Por cualquier eventualidad, pensar que el mínimo de la escala penal sea específicamente cinco (5) años para que proceda la expulsión, el legislador sin ambages lo hubiera puesto directamente como lo hizo con la pena estipulada en el inciso c) del artículo 29.

A la par de ello, el residente tuvo que haber sido condenado judicialmente en la República Argentina por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años y se debe aplicar *mutatis mutandis* lo esgrimido por la Corte Suprema en "Apaza León" con lo que se debe tomar la pena mínima de la escala penal del delito en cuestión⁶². En este orden de ideas, la Procuradora Fiscal al momento de interpretar el alcance de la expresión "delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años" dictaminó que, en la medida en que el artículo 62, inciso b), contiene una expresión similar a aquella del artículo 29, inciso c), el criterio de la Corte Suprema que emerge de Fallos: 341:500 ("Apaza León") es aplicable *mutatis mutandis* al caso del artículo 62, inciso b), ya que no resulta razonable interpretar dichas previsiones de una manera más estricta para el supuesto de quienes ya cuentan con una residencia otorgada respecto de quienes no⁶³.

⁶¹ Véase, Diccionario de la Real Academia española, consultado el día 19/12/2024 del sitio web: <https://dle.rae.es/mayor>.

⁶² Si bien la Corte Suprema no ingresó en el fondo de la cuestión en aquellos casos donde la persona migrante había sido expulsada por delitos cuya escala penal no alcanzaba a cubrir el umbral mínimo estipulado en el primer supuesto del inciso c) del artículo 62; no lo es menos que, en esos casos, la Corte al momento de resolver se remitió al caso "Pfannshmidt Morales" (Fallos: 345:1079) debido a que el decreto 138/2021 varió sustancialmente el encuadramiento normativo que tuvo de base la cancelación de la residencia (decreto 70/2017). Esa situación se puede cotejar entre otras causas las siguientes: CAF 21779/2019/2/RH1, caratulada: "Dora Rosa Retuerto Capristano c/ EN – M Interior OP y V – DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 2 de noviembre de 2023; CAF 81973/2017/2/RH1, caratulada: "Calle Calle, Modesto c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 20 de febrero de 2024; CAF 57691/2019/2/RH1, caratulada: "Zuñiga Quincho, Celia Elizabeth c/ EN – M Interior OP y V – DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 4 de abril de 2024; y, CAF 42916/2019/2/RH1, caratulada: "Vargas Leulan, Alicia Concepción c/ EN – M Interior OP y V – DNM s/ recurso directo DNM", sentencia del 9 de abril de 2024.

⁶³ Véase, dictámenes de las causas: CAF 42007/2018/2/RH1 "Godo Quispe, Henry Valentín c/ EN-M. Interior s/ recurso de directo DNM" y CAF 72980/2018 "Recurso queja N° 2 – Valeriano Villarroel, Víctor Hugo

En relación con la persona que posee una residencia permanente, el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, en el primer supuesto, queda alcanzado por aquellos delitos que poseen una pena mínima de libertad mayor de cinco (5) años de prisión y, de importancia, debe haber sido cometido en forma subjetiva con dolo. La norma no aclara el tipo de dolo, por lo tanto, quedan cubierto el dolo directo, indirecto y eventual, también incluyo como dolosa la categoría de la ignorancia deliberada que queda comprendida a los fines de expulsión. Así las cosas, a mi entender, quedan afuera aquellos delitos que fueron ejecutados en forma culposa y preterintencional.

Para ejemplificar, traigo a colación el homicidio doloso establecido en el artículo 79 del Código Penal que previó una "...reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena". Si la persona es condenada por este delito, su situación encuadra en las previsiones del primer supuesto del inciso b) del artículo 62 de la ley 25.871, puesto que es un tipo penal doloso y la pena mínima es de ocho (8) años o sea es "...mayor de cinco (5) años".

A su vez, si el mínimo de la escala penal posee menos o igual a cinco (5) años y es de naturaleza dolosa no se puede tener por comprobado este primer requisito. De igual modo, si el delito posee más de cinco (5) años y es de naturaleza culposa tampoco se tiene por comprobado este requisito, aunque destaco que en el Código Penal no existe un delito culposo que posea una pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años. Al mismo tiempo, el delito preterintencional queda afuera de los postulados del primer supuesto del inciso b) del artículo 62, como por ejemplo el homicidio preterintencional del artículo 81, inciso 1°, acápite b), del Código sustantivo (aunque la pena no alcanza el umbral mínimo) y el parricidio preterintencional previsto y reprimido en el artículo 82 del Código Penal.

Por otro lado, en relación con un concurso entre un delito doloso y culposo, se tendría que verificar la premisa de pena mayor a cinco (5) años en la infracción dolosa y no es de interés el delito culposo. Para depurar, en su caso, si el culposo posee pena mayor a cinco (5) años (hipótesis que en el Código Penal argentino no se suscita) y el doloso tiene una escala penal inferior o igual a cinco (5) años, no será procedente el extrañamiento. Por otro lado, en relación con la

c/ Estado Nacional – Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso directo Dirección Nacional de Migraciones", ambos emitidos el 15 de julio de 2021 por la doctora Laura Mercedes Monti. A todo evento, en los casos que dictaminó la Procuradora hasta la fecha la Corte Suprema no se expidió. Al contrario de ello, la Dirección Nacional de Migraciones en la causa CAF 89340/2018/CS1, caratulada: "*Vargas Ortiz, Hugo Ricardo c/ EN - DNM s/recurso directo*", al momento de presentar el recurso extraordinario federal el 31 de agosto de 2020 sostuvo que se debía tomar la pena máxima de la escala penal que, en ese caso, era mayor a cinco años. En particular, sostuvo que "*...el artículo 864 inc. d) y 866 del Código Aduanero que prevé el delito cometido por el extranjero prevé una condena máxima de 12 (doce) años de prisión, siendo que el " tipo penal de dicha condena conlleva, en su máximo, una pena mayor a la de 5 años", previéndose para el delito una pena de entre TRES A DOCE AÑOS, por lo que, el caso de autos, encuadraría dentro del supuesto establecido por el art 62 inc b) de la ley 25871 que esboza: "podrá la DNM cancelar la residencia que hubiese otorgado, cualquiera sea su antigüedad, categoría o causa de admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando: el residente hubiese sido condenado judicialmente en la Republica por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos". Ante ello, solo precisaré que la persona migrante había sido condenada por ser considerada partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes agravado por ser cometido por tres o más personas en forma organizada para llevarlo a cabo, o sea, regia lo previsto por la ley 23.737 y no por la ley 22.415.*

imposición de una pena única al momento de unificar⁶⁴, como es una construcción dogmática se debe escrutar cada delito en particular que integra dicha síntesis judicial de penalidad.

Comprobado el primer requisito **(a)**, se debe abordar el segundo **(b)** relativo al plazo de cancelación que prevé el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871.

El artículo 62 de la ley 25871 en su inciso b) estableció en virtud de la condena que “...cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme”.

Al respecto, en relación con el plazo para la cancelación de la residencia, ésta depende de un acto administrativo a dictar luego de dos (2) años de cumplida la totalidad de la condena o lo que es lo mismo, después del vencimiento de la pena. Así, “cumplida la condena”, la Dirección Nacional de Migraciones debe esperar dos (2) años para proceder a la cancelación de la residencia permanente, sin embargo, ese proceder se encuentra limitado debido a que, luego del vencimiento de la condena, no tiene un lapso de tiempo extenso para la cancelación, sino que tiene un plazo de treinta (30) días para proceder de ese modo. En caso de silencio de la administración durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento ficto del plazo de dos años de cumplida la condena, se considerará que la residencia quedó firme⁶⁵.

En abono a esta postura se expidió la Procuradora Fiscal, doctora Laura Monti, en las causas “Rodríguez Buela” (Fallos: 343:1434⁶⁶) y “Fúnez López” (Fallos: 345:1086⁶⁷). Allí donde dictaminó que, el ejercicio de la facultad conferida a la Dirección Nacional de Migraciones por el artículo 62 de la ley 25.871 de cancelar –dentro del plazo previsto normativamente– la residencia que se hubiese otorgado, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, solo puede entenderse respecto de extranjeros que hubieran sido admitidos como residentes en alguna de las categorías legales y siempre que tal encuadramiento se encuentre vigente, pues de lo contrario, no existiría residencia susceptible de ser cancelada por la autoridad migratoria. Esas consideraciones relativas a cancelar la residencia, dentro del plazo previsto normativamente, fueron compartidas por la Corte Suprema en los precedentes referenciados.

⁶⁴ De conformidad con el artículo 58 del Código Penal.

⁶⁵ Dicha afirmación se puede cotejar en doctrina, saber: Agustín GORDILLO, *El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino*. Publicado en: LA LEY 2004-B, 1123. Cita: TR LALEY AR/DOC/391/2004 y María Cristina RODRÍGUEZ DE TABORDA, *Expulsión de extranjeros condenados por narcotráfico*. Publicado en: Revista de la Facultad -UNC- 2014-2 , 97. Cita: TR LALEY AR/DOC/3612/2014.

⁶⁶ Véase, CSJN, causa CAF 22428/2012/CS1-CA1, caratulada: “Rodríguez Buela, Raúl/Defensoría Pública Oficial y otro c/ EN - M Interior - DNM s/ recurso directo DNM”. Sentencia del 29 de octubre de 2020. Dictamen de la Procuradora Fiscal emitido el 7 de noviembre de 2018.

⁶⁷ Véase, CSJN, causa CAF 52989/2017/CA1-CS1, caratulada: “Fúnez López, Charles c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”. Sentencia del 4 de octubre de 2022. Dictamen de la Procuradora Fiscal emitido el 19 de marzo de 2021.

Aclaro que, para el plazo, lo que importa es la condena propiamente dicha y no la escala penal del delito por el cual fue condenado. Veamos un ejemplo: una persona es condenada al mínimo de la escala penal concerniente a una pena de seis (6) años de prisión el 2 de mayo de 2011, hacemos por un momento que la persona no cumplió ni un solo día de prisión preventiva y es detenido el mismo día de la imposición de la pena, con lo que la condena venció el 2 de mayo de 2017. Por lo tanto, por estricta aplicación del artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, la Dirección Nacional de Migraciones solo puede proceder a la cancelación de la residencia desde el 2 de mayo de 2019 (*dies a quo*) hasta el 2 de junio de 2019 (*dies ad quem*, cuando se cumplió “los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo”). En consecuencia, la ventana temporal de treinta (30) días que van, en el ejemplo dado, del 2 de mayo de 2019 al 2 de junio de 2019 es el momento procesal oportuno y preciso para proceder a dictar la disposición administrativa relativa a la cancelación de la residencia y no con anterioridad (ejemplo: el 29 de abril de 2019) o con posterioridad (verbigracia: el 3 de junio de 2019). Por obviedad, efectuada con anterioridad, la autoridad de aplicación puede enmendarla y dictarla dentro de la ventana temporal. Al contrario, decretada la cancelación con posterioridad, la residencia permanente adquirió firmeza⁶⁸ puesto que no puede volver el tiempo atrás. Aunque si se cancela la residencia fuera del término previsto, se deberá objetarla recursivamente puesto que, en caso contrario, la arbitrariedad quedaría firme.

La cancelación efectuada con anterioridad o con posterioridad afecta el principio de legalidad⁶⁹, toda vez que la autoridad migratoria en esos momentos no tiene reunidos los requisitos objetivos para proceder a la cancelación de la residencia permanente; por lo que, cualquier disposición administrativa dictada por fuera del plazo de treinta (30) días se aparta del procedimiento legal vigente.

Contra ello, por vía de hipótesis, se podría esgrimir que se puede cancelar la residencia permanente en un primer acto, con efecto “suspensivo”, cuando la persona es inmediatamente condenada (no firme) y, con posterioridad, una vez que adquirió firmeza la sanción, cumplida la condena se debería esperar dos años para dictar otro acto administrativo “definitivo” (dentro del plazo de treinta (30) días).

⁶⁸ De modo muy crítico, GORDILLO sostuvo que, algunas de las causales que impiden otorgar la residencia son excepcionalmente graves: condenas por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero (inciso c) del art. 29); participación en actos de genocidio, terrorismo, delitos de lesa humanidad o que de otro modo sean susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional (incs. d) y e) del mismo art. 29). Según el art. 29 a estas personas no se les puede permitir la entrada al país; según el art. 62 inc. b), si están en el país y han sido condenadas por una pena privativa de la libertad de más de cinco años, no se las puede expulsar hasta dos años después de haber cumplido la pena de prisión, no obstante que sea un genocida, terrorista, tratante de blancas, narcotraficante, etc. y además sólo se lo puede hacer dentro del estricto plazo de treinta días siguientes a los dos años, o de lo contrario la residencia anterior del genocida, terrorista, narcotraficante, etc., “queda firme”. Un disparate (véase, Agustín GORDILLO, *El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino*. Publicado en: LA LEY 2004-B, 1123. Cita: TR LALEY AR/DOC/391/2004).

⁶⁹ El principio de legalidad impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley (véase, CSJN, Fallos: 330:4234; 331:699; 331:1312; 331:1679; 331:2784; 334:1143; 334:1754; 338:793) y exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal. (véase, CSJN, Fallos: 331:858; 340:549 –voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz; 342:2344; 344:3156).

No considero apropiada dicha tesis por las siguientes cuestiones⁷⁰. Primero considero que se debe decretar el acto de cancelación (o de expulsión) cuando la sentencia se encuentra firme, debido a que, si se sostiene lo contrario, daría lugar a que se cancele la residencia en virtud de una presunción de acierto de una decisión proveniente de una instancia penal anterior a la Corte Suprema. La sentencia no firme no puede tener efectos ejecutivos a los fines de cancelar la residencia permanente. Además está mencionar que, la premisa relativa a la expresa indicación de la persona de recurrir ante el tribunal es lo que impide considerar firme y ejecutable al pronunciamiento trasciende cualquier ordenamiento jurídico (civil, penal, administrativo⁷¹, etcétera). Segundo, si se afirma que es un acto con carácter suspensivo y que no tiene ningún efecto jurídico, porque lo que importa es el acto definitivo, la pregunta que me hago es para qué se dicta, por qué no se hace un solo acto (el definitivo) y se evita el dispendio jurisdiccional migratorio. Tercero, concatenado con lo anterior, de hecho, a los efectos jurídicos de la residencia del migrante, lo que le interesa es el último acto definitivo, en virtud del artículo 74 de la ley 25.871⁷², debido a que el anterior si es suspensivo tiene un grado de provisionalidad y de Perogrullo no sería definitivo para poder recurrir. Pero a la par de ello, en esa situación dada, se colocaría al migrante en una encerrona, una emboscada procesal, si el migrante no apela el primer acto que supuestamente tiene efecto “suspensivo” se puede llegar argüir que, con aplicación de la teoría de los propios actos, está consintiendo la cancelación de la residencia y ese acto que tenía efectos diferidos pasa a tener efectos definitivos. Cuarto, la interpretación llega al absurdo de que esa doble cancelación solo sería admitida en el primer supuesto del inciso b) del artículo 62 y no así en el segundo supuesto relativo a que “*registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos*”. Por lo tanto, ante la cancelación de la residencia permanente por la repetición de infracciones (primer y segundo supuesto) habría dos consecuencias jurídicas diferentes. De hecho, podría estar en mejor situación la persona que es condenada por delitos más graves que aquellos que realizaron una simple repetición de delitos de igual naturaleza. Quinto, para finiquitar, el efecto suspensivo proviene del recurso presentado por el migrante y no por el acto administrativo que se dicta; por lo tanto, migraciones debe cancelar la residencia “cumplida la condena”, en un solo acto administrativo y dicha interpretación resulta congruente con el Decreto 616/2010 al demandar que la sentencia se encuentre firme⁷³.

⁷⁰ Aclaro al lector que el orden de los factores no altera el producto.

⁷¹ Nótese que en cuestiones administrativas la Corte Suprema resolvió el precedente de Fallos: 330:3045 (“Administración Federal de Ingresos Públicos”) y afirmó la inexigibilidad de las multas, en razón de que no puede perseguirse válidamente su cobro antes de que quede firme el acto que las impuso.

⁷² Al respecto, dicho artículo estableció que “*Contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, procederá la revisión en sede administrativa y judicial, cuando: a) Se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; b) Se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) Se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; d) Se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución*”.

⁷³ Al respecto, el artículo 62 del decreto reglamentó que “*A los fines previstos en el artículo 62, inciso b) de la Ley Nº 25.871 la autoridad judicial, a título de colaboración y al momento de quedar firme la condena impuesta, remitirá a la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES copia certificada de la respectiva sentencia, e informará el Juzgado o Tribunal encargado de su ejecución. La DIRECCION NACIONAL DE MIGRA-*

Cumplido lo anterior, describiré el tercer requerimiento previsto en el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, relativo a que, la cancelación de la residencia “...se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley”. Así, como último requisito **(c)** del primer supuesto fáctico que prevé el artículo 62 inciso b), quizás el más problemático de interpretar y aplicar en las causas de la especialidad, se requiere que para disponer la cancelación de la residencia “...se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley”. Recapitulo, para cancelar la residencia se requiere que sea condenado por un delito cuya pena mínima sea mayor a cinco (5) años, además, como adición, dentro de un determinado plazo establecido y, para finalizar, deberá incurrir en un impedimento del artículo 29 de la ley 25.871⁷⁴.

Previo a todo, no resulta ocioso destacar que, la inserción del término “posible” en la oración contamina los términos imperativos de la norma pero no desabastece la exigencia y tampoco puede tornar inoperante sus expresos términos por lo que, más allá de la mala técnica legislativa, se debe exigir en todos los casos la “...incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley”, dicho sea de paso, además del “...delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años” y el plazo determinado normativamente.

La ley 25.871 (como todas las demás) debe utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente el accionar de la autoridad migratoria para cancelar la residencia y, así, se otorga pleno sentido al principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ergo, el artículo 62 (como también el 29) debe contener una clara definición bajo qué condiciones se debe cancelar la residencia y fijar las premisas necesarias que permita deslindarla de aquellos comportamientos que no resulten castigable con esa cancelación. La ambigüedad en la formulación genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad migratoria para ejercer sus funciones.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “posible”, se definió en su primera acepción a “que puede ser o suceder” y de la misma manera la segunda acepción expresa

CIONES con la información recibida dará inicio al expediente administrativo correspondiente o continuará con el ya iniciado”.

⁷⁴ Esta concatenación premisas, se puede avizorar esta situación en el dictamen del 15 de julio de 2021 de la Procurador Fiscal, doctora Laura Mercedes Monti, en cuando afirmó que en relación con el inciso b) del artículo 62 de la ley 25.871: “...se desprende, pues, que para determinar si se configura o no un supuesto de cancelación de la residencia debe resolverse primero la cuestión relativa al alcance de la expresión citada supra respecto del piso de 5 años allí exigido, despejada la cual –y sólo en el caso de verificarse dicho extremo- corresponderá avanzar sobre lo previsto en la segunda parte de la norma en punto al transcurso del plazo de dos años y la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el art. 29” (véase, causa CAF 63480/2017/2/RH1, caratulada: “Recurso Queja Nº 2 – Velázquez Cano, Faustina C/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”. Hasta la fecha sin resolución por parte de la Corte Suprema).

“que se puede ejecutar” que es “poner por obra algo”⁷⁵. Además, la palabra “puede” se traduce como “acaso” o “quizás”⁷⁶.

En razón de ello, las acepciones referenciadas sobre la definición de la palabra “posible” brindan una vaguedad que no puede tener una norma jurídica y menos cuando lo que está en juego es la situación migratoria de una persona. En efecto, la norma de la cancelación de la residencia no puede estar redactada en forma imprecisa, no puede señalar en forma ambivalente que “puede ser o suceder” un determinado acontecimiento, puesto que tiene directa vinculación con la situación de la cancelación de la residencia. Me permito decir, traducido vulgarmente aquí como “si Migraciones desea lo funda en los impedimentos del artículo 29, si no lo desea, no lo funda de ese modo, total, da lo mismo, si se verifica o no, se cancela igual”. De ese vértice de ideas, se deriva en que no puede haber casos en donde la cancelación se funde en el impedimento del artículo 29 y en otras ocasiones se prescinda actuar de ese modo, puesto que, de ese modo, la autoridad migratoria detentaría una discrecionalidad que deriva en un actuar arbitrario.

Así las cosas, la palabra “posible” denota una imprecisión semántica en el inciso b) de artículo 62 que le otorga un amplio margen de acción a la autoridad migratoria al momento de cancelar la residencia permanente que no puede ser jurídicamente aceptable; por lo tanto, para acotar el margen de apreciación de la autoridad estatal, soy de la opinión que, se debe exigir en todos los casos la fundamentación de la cancelación en los impedimentos del artículo 29 de la ley 25.871. Esta solución se presenta además como la más respetuosa del principio *pro homine*, pauta jurídica interpretativa que traza transversalmente todo el ordenamiento jurídico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos que se cimienta en estar siempre a favor de la persona humana.

Por lo demás, para hacerla simple, si el legislador no hubiera querido que se fundamentara la cancelación de la residencia permanente en los impedimentos del artículo 29 directamente no hubiera incluido esa frase en la redacción.

En definitiva, el término “posible” no desvirtúa la afirmación que para la cancelación de la residencia se debe comprobar, como dato adicional, que la persona se encuentra incurso en los impedimentos del artículo 29 de la ley 25.871.

Sentado ello, aunque pueda ser engorrosa su lectura, cito textual el artículo 29 e indicé que serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: (a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco (5) años; (b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se

⁷⁵ Según el Diccionario de la Real Academia español la definición de ejecutar. Consultado el día 19/12/2024 del sitio web: <https://dle.rae.es/ejecutar>.

⁷⁶ Según el Diccionario de la Real Academia español la definición de ejecutar. Consultado el día 19/12/2024 del sitio web: <https://dle.rae.es/poder>.

hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; (c) 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 en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; (d) 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 el Tribunal Penal Internacional; (e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia; (f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; (g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; (h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; (i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto; (j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley; y, (k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.

En suma, más allá del plazo estipulado en el primer supuesto, sustancialmente para cancelar la residencia permanente deberá constatarse: **opción 1**, la pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años y cometer un nuevo ilícito penal (supuestos c), f), g) y h) del artículo 29) u **opción 2**, la pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años y realizar una infracción al control migratorio (supuestos a), b), i), j) y k) del artículo 29); o, en su caso, **opción 3**, registrar una conducta reiterante en la comisión de delitos (que va ser objeto de análisis por separado).

No resulta ocioso destacar que, no incluyo en la **opción 1** los incisos d) y e) del artículo 29 puesto que, esos incisos, se encuentran previstos en una causal autónoma en el inciso e) del artículo 62 para poder cancelar la residencia⁷⁷.

A riesgo de ser redundante, descartada la condición de reiterante (**opción 3**), queda claro que en las **opciones 1 y 2** no alcanza con la solitaria condena de un delito cuya pena privativa de libertad sea mayor de cinco (5) años para cancelar la residencia permanente, sino que se le debe adicionar un nuevo ilícito penal (**opción 1**) o una infracción migratoria (**opción 2**).

Si los órganos jurisdiccionales avalan la cancelación de la residencia permanente dispuesta por la autoridad migratoria con la sola condena penal y sin comprobar un nuevo ilícito penal (supuestos c), f), g) y h) del artículo 29) o una infracción de orden migratorio (supuestos a), b), i), j)

⁷⁷ Dicho inciso reza que “...e) El Ministerio del Interior podrá disponer la cancelación de la residencia permanente o temporaria y la expulsión de la República de todo extranjero, cualquiera sea la situación de residencia, cuando realizare en el país o en el exterior, cualquiera de las actividades previstas en los incisos d) y e) del artículo 29 de la presente”.

y k) del artículo 29), tal como lo previó el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, estarían inaplicando el artículo de mención.

En tal sentido, de proceder de ese modo, se excede el límite de interpretación posible del artículo 62, inciso b), de la ley 25.871 ya que, en verdad, se lo desvirtúa y torna en inoperante la premisa prevista en el artículo 62 relativa a "...que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29", lo que equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos.

La Corte Suprema reconoció que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que cuando esta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquella contempla⁷⁸, así, resulta claro, en atención al sentido literal de la norma, la cancelación de la residencia se debe fundar en la incursión de uno o varios impedimentos del artículo 29 de la ley 25.871 y no alcanza con la imposición de una condena por un delito doloso cuya pena privativa mínima de libertad es mayor a cinco (5) años. En similares palabras, la sola comprobación de la existencia de la "...pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años" para cancelar la residencia implica efectuar una interpretación sesgada y torna en inútil la redacción de la segunda parte del mencionado artículo 62, inciso b), de la ley 25.871.

A mayor abundancia, nótese que la norma dispone que "...se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley" y, en relación con ello, se precisó la frase "se fundamentará" y no se utilizó la expresión "se podrá fundamentar", es por ello que el legislador redactó la premisa en términos asertivos o imperativos y no en forma potencial. Ejemplo, de esto último, es la redacción del arresto o prisión domiciliaria⁷⁹ o la anterior escritura del inciso b) del artículo 62 (según decreto 70/2017⁸⁰), cuando el legislador utilizó el término "podrá" dando un margen de maniobra al intérprete para decidir sobre la procedencia del beneficio respectivo. Al contrario de ello, como modelo de redacción imperativa, el legislador estableció en el artículo 327 del Código Procesal Penal Federal que "La acusación y la defensa se fundamentarán directamente en el juicio". También el artículo 17 de la Ley 27.149⁸¹ forjó que la defensa pública "Deben fundamentar las presentaciones judiciales que realice su asistido o defendido, salvo que fueren notoriamente improcedentes, en cuyo caso se lo hará saber". Como se puede observar en los ejemplos dados, el legislador no da margen de interpretación posible en el primer supuesto del inciso b) del artículo 62,

⁷⁸ Véase, entre otros Fallos: 330:4476; 339:434.

⁷⁹ Así lo establecen los artículos 32 de la ley 24.660 cuando dispone que "...el Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria" y el artículo 10 del Código Penal que establece que "Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria...".

⁸⁰ Al respecto, el artículo 62, según decreto 70/2017, estipuló en lo que aquí interesa que: "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: ...".

⁸¹ Relativa a la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

sino que, la redacción brindada, en términos imperativos decretó que debe fundamentar la cancelación en los impedimentos del artículo 29 de la ley 25.871.

Además, la frase no es inocua y tiene implicancias prácticas y jurídicas al momento de evaluar la cancelación de la residencia. Del mismo modo y en virtud de todo lo expuesto, no es una sugerencia del legislador disponible para la autoridad migratoria en decidir la cancelación si tiene ganas en los impedimentos del artículo 29 de la ley 25.871, sino que, todo lo contrario, es una proposición imperativa que se debe aplicar. Aún más, migraciones no puede apartarse del principio primario de sujeción a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este y, en definitiva, no aplicar la premisa de que la cancelación de la residencia “...se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley”.

A fin de cuentas, en relación con el primer supuesto del inciso b) del artículo 62, cualquier interpretación de omitir la comprobación de los impedimentos del artículo 29 para poder cancelar la residencia permanente equivale a suplantar al legislador en materia de política migratoria. Así, una interpretación adversa a la que aquí se pretende implica lisa y llanamente desnaturalizar el inciso b) de la ley 25.871.

En otro orden de ideas, se puede argüir que la interpretación que estoy realizando conduciría prácticamente a eliminar cualquier cancelación de la residencia por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años, lo que supuestamente violaría la pauta hermenéutica que indica que no corresponde dar a las leyes un alcance que, sin un asiento textual, las desvirtúe o vuelva inoperantes⁸². Sin embargo, vuelvo a mencionar que el legislador completó el inciso b) del artículo 62 con una premisa imperativa relativa: “...que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley”; por lo tanto, si en el afán interpretativo se corta el artículo y lo acota a la sola verificación de la primera premisa (“delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años”) y el plazo de cancelación, llegaría a la misma conclusión que se reprocha, debido a que dejaría sin efecto o inoperante la segunda parte siguiente (“la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley”) con lo que la solución estaría desprovista de todo apoyo legal y fundada tan solo en la voluntad del intérprete.

Aún más, un punto importante a resaltar es que, para cancelar la residencia permanente, se debe originar en una condena por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años y, además, en uno o varios impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. Sin embargo, la conducta típica subsumible en el impedimento del artículo 29 no puede ser la misma que la de pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años (prevista en el inciso b, primer supuesto, del artículo 62) y esto tiene claras implicancias constitucionales, en

⁸² Véase, por ejemplo, la aplicación de la premisa en el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos: 345:1011, en la causa CCC 091829/2019/TO01/3/1/1/RH003, caratulada: “Sánchez, Cristian Gabriel y otro s/ incidente de recurso extraordinario”, sentencia del 20 de septiembre de 2022.

tanto puede verse afectado el *ne bis in idem*⁸³, puesto que la doble desvaloración jurídica de una misma acción importa -en realidad- su doble juzgamiento⁸⁴. En resumidas cuentas, tomar en cuenta el mismo hecho delictivo para subsumirlo en el inciso b) del artículo 62 y luego, también, en el artículo 29, es contrario a la prohibición de la garantía de mención⁸⁵.

En síntesis, no puede haber una aplicación mecánica de la premisa relativa a la condena "...por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años" para revocar la residencia, sin que se origine, en forma complementaria e integrativa de la cancelación de la residencia, dentro del plazo previsto, en la proposición de que "...se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley".

Desde otro vértice argumental, si bien de la labor de los legisladores en el debate parlamentario no surge nada al respecto de cómo debe ser interpretado el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871; no lo es menos que, en el marco del ejercicio de su facultad de establecer la política migratoria por medio del dictado de leyes, me atrevo a mencionar que, el fin de la norma es buscar que la persona que detenta la residencia permanente no sea expulsada con la sola comprobación de la condena penal (mayor de cinco (5) años), sino que requiere un plus que es encontrarse, además, como hecho distinto, inserto en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la 25.871 (a modo de conducta reiterante *genérica*). Esta situación referenciada se diferencia en forma notable con aquellos extranjeros que poseen residencia temporaria o transitoria que solo necesitan una condena penal para que la Dirección Nacional de Migraciones disponga la expulsión del país (de conformidad con el artículo 29 de la ley 25.871).

⁸³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, inciso 7°, indicó que "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". y la Convención Americana en su artículo 8, inciso 4°, estableció que "*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*". De ello entiendo que el "*ne bis in idem*" garantiza a toda persona que no sea juzgada nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

⁸⁴ En forma contraria se afirmó que, si el extranjero cumplió una condena por un delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor a cinco años, se encuentra incurso en el impedimento al menos genérico del inciso c) del artículo 29, toda vez que registra antecedentes y el Registro Nacional de Reincidencia informa dicho antecedente por el plazo previsto por el artículo 51 del Código Penal (Véase, María Florencia ZICAVO, *Régimen migratorio y de ciudadanía argentino: régimen normativo. Procedimiento administrativo y proceso judicial*. 2022, Colaborador(es): Facio, Rodolfo Eduardo. Buenos Aires, Eldial.com Contenidos Jurídicos, p. 235).

⁸⁵ Ni que hablar, a fortiori, cuando un solo hecho pivotea en el inciso b) del artículo 62, a su vez, en el inciso c) del artículo 29 y, para finalizar, como fundamento del rechazo de la dispensa por reunificación familiar. En este orden de ideas, en las causas de expulsión Migraciones alude a la gravedad y entidad del delito por el cual fue condenada la persona migrante para no conceder la dispensa por reunificación familiar. Esa tesis es inapropiada y provoca la vulneración de la doble desvaloración. Ello, debido a que, la gravedad y entidad del delito ya fue mensurado por el legislador al momento de estipular en la normativa, como causal de expulsión, un umbral mínimo de penalidad (artículo 29 y 62) o al establecer una conducta reiterante (artículo 62) o al instituir una categoría de delitos (artículo 29). En otras palabras, las causales de expulsión delineadas en la ley 25.871 responden a una entidad y gravedad que tiene el delito y, esa misma situación, no puede ser tomada para rechazar la dispensa de mención.

Esta distinción efectuada por el legislador no es arbitraria ya que resulta consistente con la determinada calidad de residencia que posee el extranjero. Es legítimo legislar que los residentes temporarios o transitorios con la sola condena penal alcanza para ser expulsado y que, al contrario, el residente permanente no pueda ser expulsado con una solitaria sanción penal, sino que requiere un complemento, o sea, una repetición de infracciones: pena mayor a cinco (5) años + cometer un otro ilícito penal (supuestos a), c), d), e), f), g) y h) del artículo 29) o una infracción al control migratorio (supuestos b), i), j) y k) del artículo 29) o directamente “*registrarse una conducta reiterante en la comisión de delitos*”.

En otras palabras, en relación con la condena penal, resulta razonable interpretar que, en ejercicio de la facultad del Estado de decidir acerca del ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, el legislador al sancionar el artículo 29, inciso c), de la ley 25.871, requiera una sola condena a una pena privativa de la libertad de tres (3) años o más o cometer una determinada calidad de delito (taxativamente previsto por el legislador) tal como lo estableció en el precedente de Fallos: 344:3683 (“Peralta Crispín”) esa Corte Suprema. Y, al contrario de ello, al momento de legislar la cancelación de la residencia permanente, según el artículo 62, inciso b), resulta razonable interpretar que el legislador estableció una repetición de infracciones, tanto genérica como específica.

A mi modo de ver, esta correcta distinción efectuada por el legislador resulta coherente con el principio de igualdad de tratamiento de las personas, prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional. En tal sentido, la igualdad ante la ley significa que la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias, no debiéndose otorgar excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se reconoce a otros en igualdad de condiciones. Sin embargo, existiendo diversas circunstancias, la ley debe garantizar la igualdad dentro de cada categoría, grupo o clasificación evitando distinciones arbitrarias, fundadas en hostilidad contra determinados grupos o personas⁸⁶. En fin, la distinción efectuada por el legislador en los artículos 62 y 29 de la ley 25.871 no resulta arbitraria debido a que resulta razonable legislar en forma diferente situaciones distintas como son, por un lado, la residencia permanente debidamente otorgada y, por el otro, la residencia temporal o transitoria adquirida⁸⁷.

⁸⁶ Así, esa Corte Suprema afirmó en Fallos: 335:2418 (“Asociación de Magistrados”) que, el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social. Y, además, recordó ese Alto Tribunal en Fallos: 347:905 (“Sección Cuarta”) que la garantía consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional no importa otra cosa que impedir distinciones arbitrarias o inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases.

⁸⁷ Al contrario de lo recién expuesto y cuestión que no se aprecia con la sanción de la ley 25.871, cuando el Poder Legislativo, dentro de su ámbito de apreciación, legisla en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, queda habilitada la intervención de los jueces de censurar ese tipo de legislación.

A todo lo expuesto, agrego que, el amplio margen que la política migratoria le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso, en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con una cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia. Aunque, no puedo dejar de advertir que de la lectura del primer supuesto del inciso b) del artículo 62 (en especial en relación con la exigencia del plazo y la comprobación de los impedimentos del artículo 29) se legisló en forma más meticulosa, requiriéndose mayores requisitos para su aplicación que los demás supuestos menos graves previstos en el artículo 62 (inciso “a”, “c” y “d”, con la salvedad del “e”). Sin embargo, es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. En ese sentido, se dijo que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho, el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su probable injusticia o desacierto⁸⁸. Solo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces. Y, así las cosas, cuando la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma⁸⁹.

En otro andarivel de ideas, la norma no menciona el plazo dentro del cual se debe originar el impedimento del artículo 29 de la ley 25.871, aunque, reitero, solo expresa que se debe fundar en ese impedimento. Por lo tanto, el impedimento debe ser una sanción que se encuentre firme y que no haya operado la caducidad registral (en virtud del artículo 51 del Código Penal) para poder ser esgrimida como fundamentación de la cancelación de la residencia.

En consecuencia, en resumidas cuentas, opino que el primer supuesto del inciso b) del artículo 62, posee un triple estándar, o sea, una premisa primaria (a) el delito que origina la cancelación es el que tiene un mínimo de pena privativa de libertad mayor a cinco años (por delito doloso), una premisa procesal (b) relativa al acotado lapso de tiempo para revocar la residencia y, para finalizar, una premisa secundaria o complementaria (c) que debe ser otra sanción estipulada en el artículo 29 de la ley 25.871. En otras palabras, la sola condena por un delito cuya pena mínima privativa de libertad sea mayor a cinco (5) años no habilita a la Dirección Nacional de Migraciones a cancelar la residencia de la persona migrante.

3.2 El segundo supuesto del inciso b) del artículo 62:

Como cuestión preliminar, para dar autonomía al presente argumento, destaco que, la Corte Suprema tiene dicho en el precedente de Fallos: 331:858 (“Acosta”) para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que

⁸⁸ Véase, CSJN, Fallos: 241:121; 342:1376.

⁸⁹ De otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto. Véase, CSJN, Fallos: 313:1007; 320:61; 321:1434; 323:1625; 323:3139; 326:4909; 346:1501.

las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos. Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho. Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Como causal independiente, el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871 previó que se cancelará la residencia permanente cuando la persona registrare "...una conducta reiterante en la comisión de delitos". En razón a ello, el legislador mediante la ley 25.871 no precisó el concepto de ser reiterante en la comisión de delitos y tampoco existen leyes especiales migratorias que aclaren dicho concepto. También, de la parquedad de los antecedentes parlamentarios de la ley 25.871 no se desprende cuál debe ser la correcta interpretación de la premisa prevista en el segundo supuesto del artículo 62, inciso b), de la ley 25.871 para los residentes permanentes. De hecho, como ya lo sostuve, de la simple lectura de los antecedentes parlamentarios no se menciona cuál sería la correcta interpretación de todo el artículo 62⁹⁰.

Interesa mencionar al lector que en relación con la definición de reiterancia es que hay tantas tesis como autores que trataron el tema, por lo tanto, en este trabajo presentaré un concepto restringido (no extensivo) de reiterancia para que sea viable la cancelación de la residencia permanente. Concatenado con ello, a su vez, ante una redacción ambigua, como es el concepto de reiterancia, se debe recurrir a una interpretación que armonice dicha disposición con el resto del inciso y de la ley 25.871.

Así dadas las cosas, si bien de *lege lata* no se encuentra resuelto qué quiere decir la frase "...reiterante en la comisión de delitos"; no lo es menos que, de *lege ferenda*, adopto la postura relativa a que es reiterante cuando la persona comete varias veces un delito comprendido en el

⁹⁰ Asimismo, la doctrina aseveró que, la Ley 25.871 sigue una técnica legislativa errática en la que abundan las declaraciones de principios en desmedro de normas operativas o dispositivas. Es así como los objetivos, que informa como integrantes de su texto, debieron ser contenidos en su exposición de motivos o mensaje de elevación, mas no en su articulado. Sobreabundan los artículos en los que se encomienda al Estado facilitar, asegurar, favorecer o proveer acciones, todo propio de un diseño político mas no preceptivo. No parece necesario reservar un artículo para decir que los inmigrantes deben cumplir con la constitución Nacional, los tratados y las leyes del País. Es de toda obviedad que ello se ubica en el mundo del deber ser. O, en las disposiciones complementarias y transitorias, también decir que ninguna de las disposiciones de la ley tendrá por efecto eximir a los extranjeros de la obligación de cumplir con la legislación nacional. Tampoco se los exime de respetar la identidad cultural de los argentinos. Menuda cuestión para ser incorporada a un texto legal, en tanto se la aprecia más próxima a un ensayo sociológico, sobre lo cual difícilmente se alcance una única respuesta (véase, José María CURÁ, *Cuando de ingresar, permanecer y egresar del país se trata*. Publicado en: LA LEY2004-B, 1437. Cita: TR LALEY AR/DOC/764/2004).

mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza⁹¹. En ese sentido, la laguna interpretativa del legislador debe ser suplida por una exégesis restrictiva del segundo supuesto del inciso b) del artículo 62 en virtud del principio *pro homine*.

A mayor precisión, en términos generales, la reiteración tiene lugar en el caso en que una persona cometa varios hechos típicos de distinta naturaleza (en mi opinión, el primer supuesto del artículo 62, inciso b) o varias veces la misma naturaleza de infracción (el segundo supuesto estipulado como “reiterante en la comisión de delitos”). Afino y restrinjo, con el objetivo de dilucidar la premisa de “...reiterante en la comisión de delitos”, entiendo que debe ser interpretada en torno a que la persona culpable haya sido condenada nuevamente por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza.

En este orden de ideas, para que se origine la reiterancia delictual prevista en el segundo supuesto del inciso b) del artículo 62 de la ley de migraciones, la persona tuvo que haber sido condenada por un delito que este comprendido en el mismo Título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza, para ejemplificar: Título 1° delitos contra las personas (artículos 79 a 108), Título 2° delitos contra el honor (artículos 109 a 117 bis), Título 3° delitos contra la integridad sexual (artículos 118 a 133), Título 4° delitos contra el estado civil (artículos 134 a 139 bis), Título 5° delitos contra la libertad (artículos 140 a 161), Título 6° delitos contra la propiedad (artículos 162 a 185), Título 7° delitos contra la seguridad pública (artículos 186 a 208), Título 8° delitos contra el orden público (artículos 209 a 213 bis), Título 9° delitos contra la seguridad de la Nación (artículos 214 a 225), Título 10° delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (artículos 226 a 236), Título 11° delitos contra la administración pública (artículos 237 a 281 bis), Título 12° delitos contra la fe pública (artículos 282 a 302), Título 13° delitos contra el orden económico y financiero (artículos 303 a 313). Lo mismo se debe verificar en las leyes complementarias.

En efecto, para restringir el radio de acción, para que dos conductas delictivas sean de una misma naturaleza debe concurrir, al menos, una doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva a cometer determinados y precisos delitos⁹². Además, al ser una circunstancia que afecta la situación migratoria de una persona atendiendo a sus antecedentes penales previos, la definición de la “reiterancia” se debe restrin-

⁹¹ La opinión brindada, si bien puede resultar novedosa para el lector al momento de interpretar el segundo supuesto del inciso b) del artículo 62 de la ley 25.871; no lo es menos que, esa definición que definiendo fue delineada para la “reincidencia” en el Código Penal del Reino de España, más precisamente en su artículo 22, inciso 8°. Por lo demás, ello, no es óbice para que esa concepción restrictiva sea utilizada para interpretar el concepto de reiterancia.

⁹² No quiero ahondar en demasía debido a que no es objeto del presente trabajo, pero para determinar la “misma naturaleza” puede ser un criterio orientador el de la homogeneidad o heterogeneidad de los delitos. Así las cosas, a veces bastará solo con conocer el delito cometido para llegar a precisar que hubo un mismo modo de comisión; pero esto no puede ser suficiente en otros casos, por ejemplo en los delitos de robo, porque la diversidad de formas en que estos hechos punibles pueden realizarse impide el que por la sola constancia de la clase de delito cometido pueda conocerse el modo concreto de su comisión con la precisión necesaria para afirmar esa identidad de naturaleza que se exige para esta premisa, identidad que debe revelar la inclinación de la persona a cometer una misma clase de delitos.

gir a la exigencia de que tales antecedentes penales sean por delitos de la misma naturaleza (que compartan ubicación sistemática) y que atiendan o valoren una especie de profesionalidad o especialización en la comisión de ciertos hechos delictivos⁹³ y que estén reconocidos en una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Conjuntamente, cabe considerar que el legislador a esta premisa no la dotó de ningún requisito para su operatividad puesto que, soy de la opinión, lo que está sancionando es la profesionalidad o proclividad de la persona a cometer delitos específicos (decretados con sentencia firme)⁹⁴.

Ejemplifico la idea. No origina la reiterancia delictual prevista en el segundo supuesto del artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, cuando la persona es condenada por un delito que se encuentra comprendido en el mismo Título, pero no posee la misma naturaleza, verbigracia, la persona que es condenada por los delitos previsto y reprimido en los artículos 79 y 84 del Código Penal, la distinta naturaleza de esos tipos penales desabastece la idea de reiterancia. Tampoco causa la reiterancia prevista en el segundo supuesto del inciso b) del artículo 62 una condena por un delito de homicidio (inserto en el Título 1°) y por otra por falsificación de documentos (inserto en el Título 12°), puesto que se encuentran comprendidos en distintos Título del Código Penal. Por tal razón, ante la falta de identidad de Título y naturaleza no hay reiterancia, porque es exigible como un presupuesto sistemático o formal que los dos delitos correlacionados sean de la misma naturaleza y que estén comprendidos en el mismo Título del Código Penal.

En pocas palabras, no estamos en presencia de una simple multiplicidad de delitos cometidos por un mismo individuo o un cajón de sastre de reiterancia. Al contrario, aquí hay una reproducción o reiteración o repetición específica de un determinado hecho delictivo (separable en el tiempo). Por consiguiente, la realización de distintos delitos no comporta la concurrencia de la reiteración prevista en el segundo supuesto del inciso b) del artículo 62, de la ley 25.871, sino que solo lo dará los comprendidos en el mismo Título de imputación del Código Penal y que participen de la misma naturaleza.

Esta interpretación del segundo supuesto del inciso b) del artículo 62, relativa a la premisa de "...reiterante en la comisión de delitos", no resulta antojadiza y tiene cobertura en el informe de fondo 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este orden de ideas, en el informe de fondo contra la República Argentina, en relación con el "riesgo de comisión de nuevos delitos", se afirmó que "Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elemen-

⁹³ Demás está decir, si caer en concepciones de un derecho penal de autor.

⁹⁴ Interesa destacar que, si bien en Fallos: 330:4554 ("Zhang") la Corte desestimó el criterio de proclividad al delito debido a que afectaba el principio de inocencia al no existir una sentencia condenatoria; no lo es menos que mi criterio se basa fundamentalmente en que exista una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada.

tos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”⁹⁵.

Al respecto, la Corte Suprema en el precedente de Fallos: 336:1024 (“Carranza Latrubesse”) reconoció el carácter obligatorio de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas emitidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹⁶. Esa obligatoriedad en la aplicación de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, por ejemplo, llevó a la Cámara Federal de Casación Penal, al momento de dictar el fallo plenario n° 13⁹⁷, a afirmar lo dicho por la Ilustre Comisión que, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. A lo que agregó que, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares en cuanto a su naturaleza.

Así dadas las cosas, para una interpretación del segundo supuesto del inciso b) del artículo 62 de la ley 25.871, en relación con la premisa “registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos”, considero prudente y oportuno la aplicación de la doctrina sentada por el informe de fondo 2/97 de la Comisión Interamericana contra la República Argentina y, así, con un afán restrictivo, afirmo que para ser reiterante la persona debe ser condenada por ofensas similares de igual naturaleza⁹⁸, es decir, por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza.

En este contexto de ideas, el concepto de “...reiterante en la comisión de delitos” delineado aquí y que se encuentra previsto en el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, se asienta sobre una base estrictamente objetiva, algo que, no solo facilita el trabajo de la judicatura a la hora de aplicarla, sino que ayuda a satisfacer la exigencia de seguridad jurídica.

⁹⁵ Véase, Párr. 32.

⁹⁶ Ello debido a que, si tal resultado es el que impone el “sentido” que debe atribuirse a los términos de dicho precepto tanto en el “contexto” específico cuanto en el general en que están insertos, atendiendo al “objeto y fin” del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es el que mejor corresponde al principio de “buena fe” y al “efecto útil” de aquel, evitando así el “debilitamiento” del sistema, cuando no, del propio ser humano al cual está destinado a servir. Asimismo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), señaló que si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la conducta del recurrente no se ha dirigido a dicho objeto en manera alguna y tampoco ha alegado la existencia de obstáculos fácticos o jurídicos en tal sentido.

⁹⁷ Caratulado: “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, sentencia del 30 de octubre de 2008.

⁹⁸ No puedo dejar de mencionar que el informe de la Comisión Interamericana interpretó el concepto a la luz de la prisión preventiva, pero considero que su argumento puede ser extendido y aplicado para interpretar el segundo supuesto del inciso b) del artículo 62, porque expone una regla general de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos que, por su claridad y precisión, arrojan suficiente luz sobre el concepto de reiterante.

En sustento a esta interpretación se pueden esgrimir una serie de argumentos que robustecen y corroboran la conclusión a la que arriba sobre el concepto de “reiterante”.

En este sentido, si por vía de hipótesis se afirmara que esta segunda premisa abarca los casos de hechos delictivos distintos en forma independientes (concurso real a secas) quedaría sin sentido la primera premisa del inciso b) del artículo 62, porque devendría en sobreabundante. En este sentido, para ser gráficos, el artículo 62, inciso b), abarca dos casos de reiterancia: la primera *amplia* puesto que no distingue el tipo de infracción (una condena por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años más otra sanción por uno o más impedimentos previstos en el artículo 29 de la ley 25.871) y, en mi opinión, la segunda *restringida* debido a que debe ser condenado varias veces (dos o más) por delitos de igual naturaleza. Demás está decir que, la opinión brindada (de *lege ferenda*) de carácter restrictivo sobre el concepto de reiterante del segundo supuesto conlleva a que no se superponga con lo previsto en la primera premisa del inciso b) del artículo 62.

En otras palabras, si se pensara que la norma hace referencia a un concepto amplio de registrar “...una conducta reiterante en la comisión de delitos” deviene en un sinsentido la primera premisa del inciso b) del artículo 62, puesto que, reitero, exige dos sanciones para que sea operativa: **(1)** una por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años y **(2)** otra por uno o más impedimentos previstos en el artículo 29 de la ley 25.871.

Dicho de otro modo, si el legislador quería abarcar en el segundo supuesto del inciso b) un concurso real de infracciones de distinta naturaleza, me atrevo a decir que tenía dos opciones más simples: **(a)** describir todo el inciso b) del artículo 62 como una conducta reiterante en la comisión de infracciones o **(b)** en la primera premisa que radica propiamente en un concurso real (condena por pena mayor a cinco (5) años + cometer un otro ilícito penal (supuestos a), c), d), e), f), g) y h) del artículo 29) o una infracción al control migratorio (supuestos b), i), j) y k) del artículo 29) consignar seguidamente a lo redactado la frase usualmente utilizada “*por los demás casos*” o “*en cualquier otro caso*”, etcétera. Pero, como el legislador no legisló de esa manera, entiendo que diferenció la reiterancia y estableció en el segundo supuesto una *específica*, en contraposición con una *genérica* estipulada en el primer supuesto.

Por su parte, las elucubraciones sobre la validez de la sola condena penal previa, sin importar la clase de delito de igual naturaleza, semejable a la reincidencia prevista en el Código Penal, como requisito para poder expulsar a la persona por su reiterancia delictiva, resulta inadecuada a los fines de abordar la correcta interpretación del segundo supuesto previsto en el artículo 62, inciso b), de la ley 25.871. Esto debido a que no se puede transpolar la interpretación del instituto previsto en el Código Penal para engazarla en la ley 25.871 puesto que tienen, dichos ordenamientos, diversos fines que cumplir: el Código Penal tienen un objetivo represivo y la ley 25.871 tienen un fin tuitivo (previsto en el artículo 3°). Además, que, más allá de sus matices, el legislador en el artículo 50 del Código Penal previó cómo se debía aplicar ese instituto y, al contrario, la ley 25.871 y sus antecedentes parlamentarios no dilucidan qué se debe entender como reiterante.

Interesa aludir, la Corte Suprema en el caso “Gasol”⁹⁹ consideró reiterante a la imputada y no reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal¹⁰⁰. Al respecto, la nombrada fue condenada por el “pago con cheques sin provisión de fondos” (Título 12° delitos contra la fe pública) y por “malversación de caudales públicos” (Título 11° delitos contra la administración pública). Si bien esa postura es adversa a la interpretación que aquí propicio; no lo es menos que, en esa ocasión, no se encontraba en tela de discusión el alcance del artículo 62, inciso b), de la ley 25.871, sino la interpretación del artículo 26 del Código Penal. Además, en esa oportunidad resuelta, no efectuó interpretación alguna relativa al alcance del concepto de reiterante o reiterancia en la comisión de delitos por lo que no resultan análogas aquí sus consideraciones. Por lo tanto, toda vez que la Corte Suprema decide en los procesos concretos que le son sometidos, considero que sus alegaciones expuestas en “Gasol” son inapropiadas para interpretar el verdadero alcance del artículo citado de la ley de migraciones.

No puedo dejar de advertir al lector que no existe un concepto de reiterancia oponible *erga omnes*, sino que es disponible por el legislador. En efecto, el legislador puede considerar que la reiterancia delictiva es cuando la persona tenga múltiples procesos penales con autos de procesamiento o su equivalente firme o con sentencias de tribunal oral o de casación ambas no firme o un procesamiento firme y una sentencia de tribunal no firme, etcétera (las variantes pueden ser infinitas).

De ese modo, la conducta reiterante es una premisa equívoca, así el legislador le otorga el contorno que desea y un ejemplo de ello es el artículo 182 (inciso 7°) del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁰¹. Al respecto, se dispuso que la reiteración delictiva es entendida como la existencia actual de múltiples procesos penales con requerimiento de elevación a juicio que tengan por objeto la investigación de delitos dolosos con pena privativa de la libertad¹⁰². De lo expuesto, se puede deducir que el legislador local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires decretó que la “reiteración delictiva” es la existencia de múltiples procesos penales con requerimientos de elevación a juicio por delitos dolosos con pena privativa de libertad. Por ejemplo, desde esa interpretación, un hecho doloso y otro culposo no daría lugar a la reite-

⁹⁹ Véase, G. 1474. XXXIX. Gasol, Silvia Irene y otro s/ malversación de caudales públicos -causa N° 1800- (rta. 21/09/2004). Dictamen del Procurador General Luis Santiago González Warcalde de fecha 27 de febrero de 2004 al que la Corte Suprema se remitió.

¹⁰⁰ Explicó que “...podemos decir que la imputada no es reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal, sino que estamos ante una situación de reiteración delictiva, a la que se le podría haber aplicado -por vía de hipótesis- las reglas del concurso real y de la pena única (artículos 55 y 58 del código citado) cosa que no ocurrió debido a que no se estaba ante una superposición de condenas de cumplimiento pendiente”.

¹⁰¹ Artículo que estableció los criterios para que el juez evalúe cuándo hay o no peligro de fuga y por lo tanto determinar así si corresponde o no aplicar la prisión preventiva. Muy recientemente, también el legislador federal precisó qué significa “peligro de reiterancia delictiva” a los efectos de evaluar el peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación a los fines de una excarcelación y, en ese sentido, incorporó el artículo 222 bis al Código Procesal Penal Federal.

¹⁰² A lo que se agregó que, queda exceptuado de la aplicación del presente inciso 7° los hechos investigados en el marco del ejercicio de la libertad de expresión, a manifestarse o a petitionar frente a las autoridades, siempre y cuando no concurren con delitos contra las personas o daños a la propiedad

rancia en la legislación local a los fines de evaluar la excarcelación. Además, dos hechos dolosos con uno que fue solo indagado y el otro consta un requerimiento de elevación a juicio tampoco daría lugar a la reiterancia. Del mismo modo, si posee una sentencia del tribunal oral y un auto de procesamiento, ambos, no firmes. En definitiva, ese legislador local, más allá de lo opinable que resulte la norma, delimitó en forma precisa el concepto de “reiteración delictiva”, al contrario de lo que sucedió con el legislador federal de ley de migraciones.

A todo evento, la interpretación que propicio (*de lege ferenda*) no quita que con posterioridad el legislador modifique la ley 25.871, precise el concepto de reiterancia o de reiterante (*de lege lata*) y se defina con una concepción distinta (o similar) a la brindada en el presente trabajo. Así pues, en la actualidad, como no existe una definición precisa en la ley 25.871 del concepto de “conducta reiterante en la comisión de delitos”, la exégesis que brindo es la que mejor se concilia con el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) que exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal y, en consonancia, con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal¹⁰³.

Por obviedad, la idea que defiendo, en relación con la reiterancia del segundo supuesto del inciso b) del artículo 62, no posee umbral mínimo de penalidad para habilitar la cancelación de la radicación permanente, solo hace falta, repito, la condena por delito de la misma naturaleza y ubicado en el mismo Título del Código Penal. Y, para completar aquí la tesis solo se debe exigir que el delito tenga una pena privativa de libertad, que la sentencia se encuentre firme y no debe haber operado la caducidad registral de la condena. Verbigracia, dos condenas firmes separadas en el tiempo por el delito de hurto simple del artículo 162 del Código Penal dará lugar al extrañamiento.

Por otro lado, a diferencia de lo expresamente estipulado en el primer supuesto del inciso b) del artículo 62, en el segundo supuesto del mismo inciso y artículo no se aclara el tipo subjetivo de comisión, por lo tanto, considero que queda cubierto por todas las formas subjetivas, aunque el infortunio negligente reiterado resulta casi inimaginable.

Concatenado con todo lo anterior, no solo debe ser un delito de igual naturaleza, sino que debe concurrir en forma real y no ideal. Al respecto, para que exista una conducta delictiva reiterante se debe distinguir en el tiempo. Ergo, la reiteración delictiva alude a lo conceptualizado por el legislador en el artículo 55¹⁰⁴ (concurso real) y no del 54¹⁰⁵ (concurso ideal), ambos, del Código Penal.

Para concluir, al margen de todo lo expuesto, con la interpretación de todo el inciso b) del artículo 62 de la ley de migraciones, entiendo que entre las dos reiterancia del inciso y artículo de

¹⁰³ Véase, CSJN, “Acosta”, Fallos 331:858.

¹⁰⁴ En efecto, el artículo 55 reza que “*Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos*”.

¹⁰⁵ En efecto, el artículo 54 reza que “*Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor*”.

mención puede haber puntos ciegos¹⁰⁶ que no dan lugar a la cancelación de la residencia, como, por ejemplo, una condena por un delito de falsificación de documentos (artículo 292, CP) y otra por el delito de asociación ilícita (artículo 210, CP). Esta situación no encaja en ninguna de las dos conductas reiterantes que expresa el inciso b) del artículo 62, puesto que, en relación con la postura “amplia” ninguna de los dos delitos tiene una pena mínima privativa de libertad mayor de cinco (5) años y con relación a la “restringida” no son de la misma naturaleza, debido a que uno integra el Título VIII delitos contra el orden público y el otro integra el Título XII relativos a los delitos contra la fe pública. Para terminar, si esa situación quería ser prevista por el legislador hubiera resumido la cuestión a una sola premisa “amplia” de registrar una conducta reiterante y, en mi opinión, no lo hizo de ese modo y diferenció dos situaciones distintas.

4. CUESTIONES COMUNES DE LOS ARTÍCULOS 29 (INCISO C) Y 62 (INCISO B) DE LA LEY 25.871: LA CADUCIDAD DE INSTANCIA

Cualquiera sea la causal de extrañamiento que se tome en cuenta, tanto las del artículo 29, inciso c) como así también la del artículo 62, inciso b), no debió haber operado la caducidad registral de la pena prevista en la condena para declarar irregular la permanencia y ordenar la expulsión (artículo 29) o cancelar la residencia debidamente otorgada (artículo 62). En efecto, al contrario, si operó la caducidad registral de la condena, de conformidad con el artículo 51 del Código Penal, esa sanción no puede ser esbozada por la autoridad migratoria para proceder al extrañamiento.

En relación con la caducidad registral, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 308:2523 (“Katz”), en especial los votos de los jueces Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, sostuvo que es un motivo de revocación del pronunciamiento en recurso el palmario olvido del texto vigente del artículo 51 del Código Penal en el cual incurre el *a quo* en la determinación de la pena. Por su parte, el por entonces Procurador General, el doctor Esteban Justo Antonio Righi, afirmó que la reincidencia no es una calidad, puesto que no se compadece con la finalidad que tanto el Poder Ejecutivo al enviar el proyecto de ley, como el Poder Legislativo al sancionarla, tuvieron en miras al modificar el instituto de la reincidencia, esto es, evitar el perenne etiquetamiento de quien ha delinquido. Precisamente para que esa pena anterior no lo acompañe “durante toda su vida”, se establecieron los plazos de caducidad de los registros de sentencias condenatorias en el artículo 51, segundo párrafo, del Código Penal¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Eso no es motivo de declaración de inconstitucionalidad de la norma.

¹⁰⁷ Véase, Dictamen del 11 de septiembre de 2008 emitido por el Procurador General en la causa M. 1330. XL, *Muñoz, Jorge Lucas y otros s/ tenencia de estupefacientes causa n° 4586/03*, que la Corte Suprema compartió e hizo suyo mediante sentencia de fecha 4 de agosto de 2009. El criterio esbozado por el Procurador es compartido por Guillermo Agustín Cándido Ledesma, quién luego de analizar los propósitos legislativos de la ley 23.057, consideró que esta normativa tiende a evitar la “estigmatización” de quien delinquirió y por lo tanto “luego de un plazo, cabe liberarlo de su historia criminal, mediante la caducidad de los registros respectivos, lo que no puede depender de circunstancias aleatorias como lo es el momento en que se incorporaron al proceso los datos registrales”, agregando que tanto el fin de la ley, su letra y espíritu llevan a considerar que el transcurrido de cierto tiempo borra la condenación anterior, esté en los registros o en el expediente, para evitar marcar por siempre al autor de un delito (véase, ar-

Sentada la operatividad de la caducidad registral, la cuestión controvertida se origina cuando al momento de disponer la cancelación de la residencia, la Dirección Nacional de Migraciones tiene vigente la condena; sin embargo, a continuación, a medida que avanzan las etapas recursivas, opera la caducidad registral de la condena por el paso del tiempo establecido en el artículo 51 del Código Penal.

Soy de la opinión que, si con posterioridad se tornó caduca la condena, no se puede tomar como criterio fundante esa condena al momento de revisar la disposición administrativa dictada por la Dirección Nacional de Migraciones y validarla, por lo tanto, se la debe tener como por no pronunciada a la luz del precepto contenido en el artículo 51 del Código Penal.

En este orden de ideas, nótese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades en su jurisprudencia afirmó que las resoluciones de los casos “deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado”¹⁰⁸. Del mismo modo, la jurisprudencia provincial aseveró que no es posible que el Tribunal utilice en contra de la persona una información obrante en la causa cuando ha operado el plazo de caducidad. Aun cuando la información registral haya sido confeccionada cuando no estaba extinta, lo cierto es que el tribunal no puede ignorar la manda del artículo 51 del Código Penal y, por ende, no puede utilizarse objetivamente en la causa¹⁰⁹.

Para ejemplificar, en este orden de cosas, mediante la disposición SDX n° 184763/2009, de fecha 25 de marzo de 2009, la Dirección Nacional de Migraciones canceló la residencia precaria de Zoila Cristina Barrios Rojas, de nacionalidad peruana, ordenó su expulsión del país y le prohibió el reingreso por el término de quince años. Recurrida que fue la sentencia, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia apelada. A continuación, ante la presentación del recurso de la especialidad, el 24 de septiembre de 2020 la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia apelada¹¹⁰. Sin embargo, con posterioridad y a pesar de la sentencia del cimero tribunal, el 13 de abril del 2023 (062923), la Dirección Nacional de Migraciones, en el Expediente N° 2091169-2006, dispuso revocar la disposición SDX n° 184763 debido a que había operado la caducidad registral de la condena que motivó el dictado de la orden de expulsión, en los términos del artículo 51 del Código Penal, con lo cual, afirmó que la extranjera ya no incurría en el impedimento previsto en el artículo 29, inciso c) de la ley N° 25.871 ni, en principio, en ningún otro que pudiera obstar a la regularización de su situación migratoria. En definitiva y de importancia, intimó a la migrante a regularizar su situación migratoria, bajo apercibimiento de ordenar su expulsión del país.

título: *Un caso de caducidad registral y de aplicación inmediata de reglas de conducta al condenado condicionalmente (artículos 51 y 27 bis Código Penal)*. Jurisprudencia Argentina, año 1995-IV, pp. 476-478).

¹⁰⁸ Véase, CSJN, Fallos: 313:1081; 318:342; 320:1875.

¹⁰⁹ Véase, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, caratulada: “Oviedo, Claudio Gabriel s/ Robo calificado”, sentencia del 6 de diciembre de 2006.

¹¹⁰ Véase, causa CAF 31968/2011/CA1-CS1, caratulada: “Barrios Rojas, Zoila Cristina c/ EN –DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recuso directo para juzgados”.

Por su parte, a los fines aclaratorios, una cuestión es que la condena penal se encuentre vencida (de conformidad con el artículo 65 del Código Penal) y otra muy diferente es que haya operado la caducidad del registro (de conformidad con el artículo 51 del Código Penal). Veamos un prototipo, una persona que el día 8 de agosto de 2008 fue condenada a seis (6) años de prisión y no tuvo un solo día en prisión preventiva, la pena venció el 8 de agosto de 2014 y operó la caducidad registral el día 8 de agosto de 2020. Esta última fecha es la que, en principio, es relevante a los fines de la ley 25.871 y no la primera.

Otras aclaraciones. En mi opinión, en primer lugar, si la pena se encuentra vigente y firme, con relación a la aplicación del artículo 29, inciso b), se puede declarar irregular la permanencia y ordenar la expulsión, como así también en la segunda premisa del inciso b) del artículo 62. En cambio, en relación con la primera proposición estipulada en el artículo 62, inciso b), con respecto a ser condenado por una pena mayor a cinco (5) años y demás requisitos, no se puede cancelar la residencia con la pena vigente debido a que el artículo expresamente estipula que "...cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia". Por ello, es que una vez cumplida la condena o vencida la pena, la autoridad migratoria deberá esperar dos (2) años para disponer la cancelación de la residencia.

A su vez, clarifico que, en segundo orden, si la pena se encuentra vencida y no caducada, la autoridad migratoria se encuentra habilitada a proceder a la expulsión con relación a los supuestos previstos en el artículo 29 (inciso c) y 62 (inciso b).

Y, en tercer término, en ningún supuesto y de ningún modo se puede utilizar una pena que se encuentra vencida y que operó la caducidad a los fines de proceder al extrañamiento de la persona.

También puntualizo que, tanto la condena que habilita el artículo 29, inciso c) como el artículo 62, inciso b), ambos de la ley 25.871, debe encontrarse firme. En tal sentido, la sola conducta no puede provocar la declaración de irregularidad y ordenar la expulsión, como así tampoco la cancelación de la residencia debidamente otorgada, sino que debe existir una condena pasada en autoridad de cosa juzgada en honor al estado de inocencia. Además, si la sola conducta imputada o procesada de un delito provoca el extrañamiento, no solamente afecta el principio de inocencia, sino que estaríamos hablando de un derecho penal de autor con su consiguiente peligrosidad. No obstante, el artículo 29 permite la declaración irregular y la expulsión del migrante con "antecedentes", sin requerir una sentencia firme, lo que fue motivo especial de críticas a las que me remito en honor a la brevedad.

En forma complementaria y para sintetizar, a efectos de comprobar la primera y segunda premisa del inciso b) del artículo 62 de la ley 25.871, el juzgador no podrá tener en cuenta los antecedentes penales caducados (artículo 51, CP) o que debieran serlo, ni los que correspondan a infracciones contravencionales (delitos leves) o los delitos cometidos en minoridad de edad (artículo 50, CP) y, por lo demás, tampoco encajará en el concepto de "reiterante" el delito continuado.

Para ejemplificar, una persona con residencia permanente es condenada por un delito de falsificación de documentos, cuya pena privativa de la libertad es de tres (3) años o más. Esa condena sola no alcanza para que quede abarcada en ninguna proposición del inciso b) del artículo 62. Sin embargo, con posterioridad comete un homicidio previsto en el artículo 79 y aquí torna operativo la primera premisa del inciso b) del artículo 62 para cancelar la residencia. Siempre y cuando la condena por falsificación no hubiere caducado.

Ilustro con los siguientes ejemplos. Aclaro que para ser más ameno y lineal el ejemplo tomo en cuenta que la persona no cumplió un solo día en prisión preventiva y que lo detienen para cumplir la condena en el mismo momento que es pronunciada.

(i) Ejemplo de caducidad: la persona es condenada a tres (3) años prisión en suspenso el 23 de abril de 2011 y, con posterioridad, es condenada por homicidio a la pena de ocho (8) años el 23 de febrero de 2014. La condena en suspenso en virtud del artículo 51, inciso 1°, del Código Penal caduca “Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27)”; por lo tanto, el 23 de abril de 2021 caducó en el registro la sentencia dictada en suspenso. Por su parte, la condena por homicidio venció el 23 de febrero de 2022 y migraciones debe cancelarla después de cumplida dos años o, sea, desde el 23 de febrero de 2024 (por treinta días) hasta el 23 de marzo de 2024, momento temporal en el cual ya había operado la caducidad (el 23 de abril de 2021) de la primera condena por falsificación, por lo que no se puede tomar en cuenta a los fines de la cancelación de la residencia.

(ii) Ejemplo de no caducidad: la persona es condenada a cuatro (4) años de prisión de efectivo cumplimiento el 4 de marzo de 2011 por el delito de falsificación y, con posterioridad, es condenada por homicidio a la pena de ocho (8) años el 25 de febrero de 2015. La primera condena en virtud del artículo 51, inciso 2°, del Código Penal caduca “Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad”; por lo tanto, la pena venció el 4 de marzo de 2015 y caduca el 4 de marzo de 2025. Por su parte, la condena por homicidio venció el 25 de febrero de 2023 y migraciones debe cancelarla después de cumplida dos años o, sea, desde el 25 de febrero de 2025 (por treinta días) hasta el 25 de marzo de 2025, momento en el cual no operó la caducidad registral (el 4 de marzo de 2025) de la primera condena, por lo que se puede tomar en cuenta a los fines de la cancelación de la residencia.

Esos casos se relacionan con el primer supuesto del inciso b) del artículo 62 porque son lo que pueden dar lugar a mayores controversias en cuanto a su aplicación, en particular en virtud de los plazos de cancelación de la residencia. Demás está mencionar que la segunda premisa relativa “...reiterante en la comisión de delitos...” no presentan inconveniencias prácticas de aplicación debido a que solo se debe cotejar que la sentencia se encuentre firme y que no haya operado la caducidad registral y, de igual manera, la declaración de irregularidad del artículo 29.

5. PALABRAS FINALES

Creo haber expuesto y desarrollado hasta aquí, las interpretaciones plausibles para tornar operativo los artículos 29 (inciso c) y 62 (inciso b) de la ley 25.871. No hay dudas que, quedaron

fuera de tratamiento, ajenas al presente trabajo por su extensión y no menos importante, distintas cuestiones relativas a la ley de migraciones, en particular a la aplicación de la dispensa por razones de reunificación familiar. Sin embargo, con las apreciaciones esbozadas creo que aporté una interpretación novedosa, singular, sobre los artículos 29 (inciso c) y 62 (inciso b) de la ley 25.871. Para finalizar, por obviedad, quizás lo escrito en el presente trabajo no estará exento de críticas y que en enhorabuena son bienvenidas.