

Detención preventiva de extranjeros con miras a su expulsión

Mariano R. La Rosa

La expulsión de una persona extranjera constituye una medida coactiva y personal derivada de la potestad soberana de las naciones, reconocida por el derecho internacional, *“siempre que se respeten los derechos humanos fundamentales, no sea arbitraria ni colectiva y se funde en el cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”* (Corte Internacional de Justicia, *“Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c/ la República Democrática del Congo”*, sentencia del 30 de noviembre de 2010)¹. Esta última referencia indica que un Estado sólo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley incluidos en particular la seguridad nacional y el orden público, por ello es que una de las razones que permiten el extrañamiento es la comisión de delitos graves².

Pero la ley que la dispone debe ser razonable, no puede ser discriminatoria y tiene que basarse en un motivo concreto que se asiente en la afectación a la pacífica convivencia o a la seguridad nacional, donde se comprueben y evalúen las condiciones particulares de cada caso.

Es opinión de las Naciones Unidas que: *“Se trata de un derecho cuya existencia se reconoce sin discusión tanto en la práctica como en la jurisprudencia y en la doctrina. No es una norma exterior la que otorga al Estado el derecho a expulsar; es un derecho inherente del Estado, que se desprende de su soberanía. La exigencia de que la adopción de una resolución de expulsión se haga conforme a la ley tiene, ante todo, el efecto de prohibir que un Estado tenga comportamientos destinados a compeler a un extranjero a abandonar su territorio sin notificarle ninguna resolución formal en ese sentido”*³.

Por ello es esencial a la validez de dicha medida que encuentre fundamento en un motivo comprobado y concreto; *“La obligación del Estado expulsor de indicar los motivos de una expulsión está bien establecida en derecho internacional. Se reconoce que el Estado, si bien tiene soberanía y, por tanto, competencia exclusiva respecto de las condiciones de admisión de los extranjeros en su territorio, no puede privarlos arbitrariamente del derecho de estancia. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional de la ONU estimó que el acto por el que se impusiere la expulsión debía “ser motivado de hecho y de derecho”*⁴.

¹ En el ámbito universal, se consagra el artículo 22, párrafo 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que *“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”*, así como en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas. Asimismo en el artículo 22, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se establece que: “los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley”*. Lo cual es seguido por el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 31, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

² Rodríguez de Taborda, María Cristina, *“Expulsión de extranjeros condenados por narcotráfico”*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina>

³ Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014). Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros

Sin duda, la expulsión es una medida coercitiva puesto que es entendida como el acto del Estado que compulsivamente obliga a un extranjero a abandonar su territorio, por lo cual *“la expulsión nunca es ni un acto o hecho solicitado por la persona expulsada, ni un acto o hecho consentido por ella. Es una medida formal o una situación de fuerza irresistible que obliga a esa persona a abandonar el territorio del Estado que la expulsa. Este elemento de coerción es importante ya que permite distinguir a la expulsión de una salida normal o común del extranjero del territorio del Estado. Es este elemento el que, precisamente, despierta la atención o el interés no solamente del Estado de destino del expulsado, sino también de terceros Estados con respecto a la situación así creada, en la medida en que el ejercicio de este derecho incuestionable del Estado está relacionado con la protección de los derechos fundamentales de la persona humana”*⁵.

Sin embargo la expulsión o la deportación que es considerada como una medida de la esfera estrictamente migratoria en numerosos países, está relacionada con otros ámbitos jurídicos entre ellos el penal. La importancia de esta vinculación radica en el hecho que en algunos países se viene observando la tendencia a dejar de lado la legislación criminal para sustituir la pena por la expulsión del extranjero, a veces sin tener en cuenta la gravedad de la conducta y, hasta podría decirse, como una garantía de impunidad. Esta modalidad ha sido identificada como la renuncia al *ius puniendi* o como la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito⁶.

De tal manera, para exponer su verdadero alcance resulta indispensable determinar su naturaleza jurídica y podremos advertir que casi la totalidad de la doctrina y jurisprudencia ha entendido que la expulsión constituye una verdadera pena.

Así el autor de nuestro Código Penal, Rodolfo Moreno (h), luego de fundamentar extensamente acerca del derecho que tiene todo Estado de expulsar a los extranjeros que atenten contra la tranquilidad o seguridad pública del país en cuyo seno se encuentren, afirmaba que la expulsión era una auténtica pena contemplada en muchas legislaciones represivas, por lo que: *“Expulsar del territorio es, por tanto, en nuestra legislación represiva castigar, desde que el destierro, que es la expulsión, es una pena contenida en nuestro Código. Decir que en unos casos es pena y en otros medida administrativa o de policía, es verificar una distinción sutil que sólo pone de manifiesto un sofisma”*⁷.

Entonces, si verificamos los antecedentes de nuestro ordenamiento⁸, vemos que en el Código Penal de la Provincia de Buenos Aires (Código Tejedor) las penas se encontraban divididas en penas corporales (muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto); privativas del honor y humillantes (inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión) y pecuniarias (multa, caución, comiso y costos y gastos). El destierro consistía en la expulsión del condenado de la República, quien debía ser conducido fuera del territorio, por un tiempo no menor de dos años ni que exceda de seis años (art. 108)⁹. La pena de

⁴ Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones, con cita de las Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30.

⁵ Naciones Unidas, DOCUMENTO A/CN.4/573, segundo informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, 20 de julio de 2006.

⁶ Rodríguez de Taborda, María Cristina, *“Expulsión de extranjeros condenados por narcotráfico”*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina>.

⁷ FIERRO, Guillermo; *“La ley Penal y el Derecho Internacional”*, Ed. Tea, Buenos Aires 1997

⁸ DE LA FUENTE, JAVIER; SALDUNA, MARIANA; *“El cómputo de la prisión preventiva en la pena de reclusión. Análisis del art. 24 del Código Penal”*, Lexis Nexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nro. 6/2006, pág. 1084.

⁹ La ley establecía que *“Los desterrados que entrasen de nuevo al lugar de donde hubiesen sido expulsados, sin haber cumplido su condena, serán castigados con la sexta parte más del tiempo de la primera condenación”*.

confinamiento, por su parte, se cumplía “dentro del territorio de la República en el pueblo, o provincia que elija el reo, con tal que diste del lugar donde se cometió el delito cincuenta leguas por lo menos” (art. 110), Se aclaraba que “Si el reo prefiriese salir de la República, el confinamiento se convertirá en expatriación por el mismo tiempo. También se disponía que durante el tiempo de la condena, los confinados no podían desempeñar cargos públicos ni ejercer sus derechos políticos” (art. 112).

Este sistema fue mantenido por el Proyecto de 1881 (Villegas, Ugarriza y García), por el de 1891 (Piñero, Rivarola y Matienzo) que mantuvo como penas a la muerte, presidio, deportación, penitenciaría, multa, inhabilitación y destierro (art. 9); en el Proyecto Segovia (1895), se mantenían las mismas penas; el Código Penal reformado de 1903 se mantuvo como pena a la muerte, el presidio, la penitenciaría, la prisión, el arresto, la deportación, el destierro, la inhabilitación y la multa (art. 54); el Proyecto de 1906 contempló como penas a la muerte, el presidio, la prisión, la detención, la deportación, la multa y la inhabilitación (art. 4) y a partir del proyecto de 1917 el catálogo de penas quedó reducido a las cuatro sanciones de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5), manteniéndose ese sistema en el Código Penal de 1922 (ley 11.179), actualmente vigente.

Entorno a la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros se produjo un interesante debate en nuestro país. La constitucionalidad de la ley fue debatida por penalistas argentinos como Soler y Núñez. Incluso la inconstitucionalidad fue sostenida en el seno de la Corte Suprema por los magistrados Guido Lavalle, Sagarna y Ramos Mejía, manifestando que la expulsión es una pena criminal cuya aplicación se ha atribuido indebidamente a las autoridades ejecutivas, vulnerando los artículos 94 y 95 de la Constitución de 1853, que prohíben al Poder Ejecutivo arrogarse funciones judiciales. Sin embargo, la mayoría de los jueces de la Corte sostuvo que la ley no era inconstitucional, pero a pesar de ello Núñez siguió sosteniendo que: “la expulsión es la retribución a los actos que han colocado al extranjero en la situación de ser expulsado, debido a lo cual no puede quedar duda acerca de su carácter penal, aunque ella tenga también una finalidad preventiva para el futuro” (Jiménez De Asúa, 1950:1081)¹⁰.

Incluso, este ordenamiento ha sido decretado inconstitucional por la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires, al considerar que: “La sola calidad de extranjero para fundamentar una pena accesoria como es la expulsión del país, no solo viola los principios antes mencionados, sino que también implica la transgresión al principio de culpabilidad (y al principio de resocialización de la pena), el principio que prohíbe el non bis in idem, además de conllevar implícita una ideología peligrosista contraria a nuestra Carta Magna”¹¹.

¹⁰ Monclús Masó, Marta. “LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO COMO SANCIÓN PENAL ENCUBIERTA”. <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-34.htm>.

¹¹ Tribunal de Casación Penal. Sala I. Provincia de Buenos Aires, 29 de octubre de 2009, causa n° 29.006, “G. M., R. s/Recurso de Casación”; voto del Dr. Sal Llangués. El referido voto además consideró que: “También entiendo que asiste razón al recurrente en cuanto al trato discriminatorio que implica el art. 22 del Decreto 1434-87 reglamentario de la entonces Ley de Migraciones. De la simple lectura de esta normativa, surge que la misma es contraria al derecho a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación (arts. 14, 16 y 18 C.N.) vulnerando no sólo todos los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina, sino también su propia Constitución, que tanto en su Preámbulo como en su parte dogmática hace referencia a los “habitantes” del territorio argentino, es decir, nacionales y extranjeros. Además, su art. 20 dispone que “Los extranjeros gozan en el territorio de

En definitiva la expulsión representa un mal que se le causa al afectado por medio del cual se lo priva de algún derecho fundamental¹² y resulta absolutamente evidente que implica una disminución de algún bien jurídico del afectado. De esta manera, las penas se miden por sus consecuencias y no debe ser menospreciado su alcance por no encontrarse dentro del catálogo de sanciones dentro del sistema penal, razón por la cual debemos considerar que si una medida importa afectación de derechos individuales básicos de manera coactiva es una pena; por lo cual ineludiblemente debemos apreciarla de acuerdo a su carácter afflictivo y rodearla de las garantías constitucionales que le competen.

Es así que en nuestro país se encuentra regulada por la ley de migraciones nro. 25.871 y su decreto reglamentario 616/2010, que la dispone para los casos de migrantes regulares e irregulares, el extrañamiento para quienes se encuentren cumpliendo pena y la posibilidad de retener a las personas como medida cautelar.

Dentro de esta última posibilidad el Capítulo II se ocupa de las medidas cautelares, siendo que el artículo 70 establece que: *“Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla. Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida”*, haciendo excepción para el caso en que el involucrado sea padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, ocasión en la cual deberá suspenderse; aclarándose que en todo caso el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero.

Según el decreto 616/2010, reglamentario de la Ley de Migraciones N° 25.871, la retención podrá ser dispuesta por un lapso de quince días corridos, prorrogables a petición y resolución fundada por otros treinta, caso en el cual la autoridad migratoria deberá presentar un informe al juzgado cada diez días detallando todas las gestiones realizadas para concretar la expulsión y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto. Sin embargo, podrán abstenerse de solicitar esta medida cuando el interesado acredite que cumplirá con la orden de expulsión en un plazo no superior a setenta y dos horas

Cuando la orden de expulsión de un extranjero no se encuentre firme y consentida, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones sólo podrán solicitar su retención si existen circunstancias objetivas que hagan presumir que eludirá la medida¹³.

la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano (...) No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias (...)”.

¹² Recordemos que según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra pena significa, en sus cuatro primeras acepciones: 1. Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. 2. Cuidado, aflicción o sentimiento interior grande. 3. Dolor, tormento o sentimiento corporal. 4. Dificultad, trabajo (ver Diccionario de la Real Academia Española, 22° edición). Ello, sin duda, en cualquier caso, conduce a la idea de causación de un daño concreto a quien debe sufrir el castigo.

¹³ En tal caso la solicitud de retención que se remita a la autoridad judicial deberá efectuar una descripción precisa de las pautas que acrediten tal situación, acompañar los elementos documentales, si los hubiere, que las corroboren, e indicar el plazo de duración requerido. Si la solicitud de retención es aceptada, la autoridad migratoria deberá presentar un informe al órgano judicial interviniente, cada DIEZ (10) días, detallando el avance del procedimiento administrativo respectivo y las razones que justifican la subsistencia de la medida en el caso concreto.

Para decidir acerca del peligro de incumplimiento de la orden de expulsión se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo. b) Las circunstancias y naturaleza del hecho por el cual se ordena su expulsión. c) El comportamiento del extranjero durante el procedimiento administrativo que precedió a la orden de expulsión, en la medida en que indique

Pero lo curioso de dicha norma es que por imperio de lo dispuesto en el artículo 71 es la propia autoridad de aplicación (la Dirección Nacional de Migraciones) la que puede disponer la libertad provisoria bajo caución real o juratoria cuando no pueda realizarse la expulsión en un plazo prudencial o medien causas que lo justifiquen, decisión que debe ser puesta en conocimiento del juez interviniente de modo inmediato.

Incluso el decreto reglamentario citado dispone que la persona extranjera deberá constituir domicilio y declarar su residencia real dentro del radio de la autoridad migratoria. Asimismo *“deberá comparecer ante la autoridad migratoria cuando así le sea requerido, bajo apercibimiento de revocarse la libertad provisoria otorgada, previa comunicación a la autoridad judicial que hubiere dispuesto la retención”* y que *“la libertad provisoria será concedida bajo caución, juratoria o real, la cual tendrá por exclusivo objeto asegurar que el extranjero cumplirá con la expulsión ordenada a su respecto. Queda prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento de acuerdo a las condiciones personales del involucrado, de consonancia con lo dispuesto por el Código Procesal Penal de la Nación de aplicación supletoria “en cuanto resulte pertinente”*.

Cabe destacar que el artículo 72 establece que la retención se hará efectiva por los organismos integrantes de la policía migratoria auxiliar, los que alojarán a los detenidos en sus dependencias o donde lo disponga la Dirección Nacional de Migraciones hasta su salida del territorio nacional. Según el decreto reglamentario, el alojamiento de los extranjeros retenidos deberá hacerse en ámbitos adecuados, separados de los detenidos por causas penales, teniéndose particularmente en cuenta su situación familiar. Excepcionalmente se podrá disponer el alojamiento de aquéllos en lugares privados, con la correspondiente custodia a cargo de la Policía Migratoria Auxiliar. Extremo que ha generado gran polémica debido a la creación de un centro de detención de migrantes¹⁴.

De lo expuesto, podemos advertir que ésta medida cautelar se presenta como una detención judicial basada en una orden administrativa, siendo competente para entender en ella los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria (art. 98, ley 25.871) y que no se funda en la comisión de un delito, sino en una orden de expulsión administrativa, revisada judicialmente¹⁵.

Pero la regla general es que las intervenciones sobre la propiedad o la libertad de los individuos no las pueden disponer ni menos actuar la administración, sino que debe hacerlo la justicia. El art. 18 de la Constitución Nacional es categórico al afirmar que nadie será detenido sin orden escrita de autoridad competente. Va de suyo que el modo normal de

cuál es su voluntad de someterse a la decisión final que se adopte y, en particular, si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado datos falsos.

¹⁴ <http://www.lanacion.com.ar/1931902-genera-polemica-la-apertura-de-un-centro-para-alojar-a-infractores-de-la-ley-de-migraciones>. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-307814-2016-08-26.html>

¹⁵ Tal forma de detención es reconocida por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), capítulo E. Personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos, Regla 122: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas detenidas o encarceladas sin que se les hayan imputado cargos gozarán de la misma protección prevista en la primera parte y en la sección C de la segunda parte de las presentes reglas (Personas detenidas o en espera de juicio). Asimismo, se les aplicarán las disposiciones pertinentes de la sección A de la segunda parte de estas reglas (Reclusos penados) cuando ello pueda redundar en beneficio de este grupo especial de personas bajo custodia, siempre que no se adopten medidas que impliquen que la reeducación o rehabilitación son apropiadas en forma alguna respecto de personas a quienes no se ha condenado por un delito”*.

ejecución forzosa de un acto administrativo, cuando avanza sobre la libertad de los individuos o la propiedad lato sensu de las personas físicas o jurídicas, es con la debida intervención judicial que controle que el acto es al menos regular, esto es, válido o anulable pero jamás nulo o inexistente¹⁶.

Como regla general las medidas de coerción deben ser adoptadas o, al menos, controladas por los órganos jurisdiccionales competentes, ya que limitan o restringen derechos básicos de los individuos sin tener en cuenta el sustento de una decisión final acerca del conflicto¹⁷. Así, el art. 18 de la Constitución Nacional es elocuente al señalar que el arresto (como forma genérica de privación de la libertad, aplicable a la especie) sólo procede “*en virtud de orden escrita de autoridad competente*”, refiriéndose en realidad a lo que técnicamente denominamos detención. En tanto, el art. 7º inc. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que “*toda persona privada de su libertad tiene derecho de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida*” (principio seguido también por el art. 9.4 del PIDCP). Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, “*Reglas de Mallorca*” establecen en su art. 18º.1 que: “*Sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona*”; lo que en definitiva implica asumir que antes o después, según el caso, de la medida coercitiva debe intervenir el órgano jurisdiccional estableciéndose la racionalidad y judicialidad del encarcelamiento¹⁸.

Por ello se observa que esa autoridad referida por el art. 18 de nuestra ley suprema no puede ser otra que la llamada por la misma Constitución al “*conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras*” (art. 116); es decir los tribunales competentes del poder judicial, encargados de administrar justicia en los casos concretos que le son presentados, con exclusión de los otros poderes del Estado (CN, art. 5, 108 y sstes. y 123)¹⁹.

Más allá de la denominación que utiliza la norma (“*retención*”) se advierte que dispone una auténtica privación de la libertad con un específico fin cautelar, es decir materializar la expulsión; de modo que la expresión “*arrestado*”²⁰ utilizada por nuestra Constitución Nacional vale lo mismo que detenido preventivamente o, más genéricamente, privado de la libertad locomotiva. Abarcando todas las formas de privación de libertad y haciéndose extensivo al requisito formal de ser ordenado por escrito y por la autoridad competente²¹.

¹⁶ Gordillo Agustín, “*Tratado de derecho administrativo*”, Tomo III, Capítulo V, www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf; pág. V 27. El autor aclara que la función irrenunciable de los jueces es precisamente controlar la conformidad con el orden jurídico del acto cuya ejecución se le pide, no ejecutar ciegamente lo que la administración dispone, aunque tenga fundamento normativo aparente.

¹⁷ CHIARA DÍAZ CARLOS A, “*Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal a Propósito de un Fallo Acertado*”, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 13 de Agosto de 2001.

¹⁸ LEDESMA ÁNGELA ESTER, “*Medidas de Coerción Personal en el Proceso Penal*”, en Revista de Derecho Procesal I, Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni 1998, pág. 353.

¹⁹ MAIER JULIO B.J., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, Editores del Puerto 1996, pág. 520. La Constitución no remite, al designar la autoridad competente para emitir la orden, a una ley posterior totalmente abierta, que pueda facultar a cualquier autoridad. Antes bien, autoridad competente, se debe entender como la competente según la Constitución. Por ejemplo, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el control judicial de las detenciones es una garantía inherente a las sociedades democráticas. El Estado de Derecho exige que no haya arbitrariedad en las detenciones y, en consecuencia, la fiscalización judicial de la privación de la libertad constituye un elemento esencial de la garantía contemplada en el art. 5.3 CEDH. FEIXES SAN JUAN TERESA, REMOTTI JOSE CARLOS, “*El Derecho a la Libertad Personal*”, PPU, Barcelona 1993, pág. 375.

²⁰ El término “*arrestado*” hace referencia a “*privado de libertad física*”, sin que esa privación signifique una pena, ello es necesario aclararlo, porque en otras legislaciones, como la española, el arresto es una reclusión por tiempo breve como corrección o pena, contrariamente a lo que establece la legislación Argentina, que no reconoce al arresto como pena (art. 5, Código Penal). Conf. LEVENE RICARDO (h), “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, Depalma 1993, Tomo II, pág. 440. Tal principio le sirve al autor para afirmar que la principal función del derecho procesal penal es la averiguación de la verdad y no la aplicación de penas.

²¹ Se afirma que el giro “*autoridad competente*” hace referencia a la propia Constitución como órgano facultado para dictar la prisión preventiva; y, por ende, a las facultades que ella atribuye a las autoridades que crea, de modo que debe entenderse como “*autoridad competente según esta Constitución*”. En ese sentido, la Constitución faculta a los

Pero en la ley migratoria observamos que en el artículo 71 ya citado, es **la propia autoridad de aplicación quien puede disponer la libertad provisoria bajo caución real o juratoria**, con lo cual la cautela –y así la propia libertad- es decidida por la misma autoridad administrativa que decide la expulsión, extremo irrazonable dado que por la entidad de derechos que se ven comprometidos es una **potestad que no puede serle delegada**. La razón de ser de la **necesidad de intervención judicial** es que un juez, resguardando precisamente la libertad y la propiedad privadas, controle la legalidad del acto tanto en lo formal como en lo sustancial. De otra forma la intervención judicial constituiría más que el vicio de privación de justicia efectiva, sería directamente complicidad en la ilegalidad²².

Entonces debemos destacar que esta medida representa el **uso de la coerción estatal**, que implica **restringir la libertad individual de una persona** y que reviste una exclusiva finalidad cautelar; debiéndose sujetar a los concretos parámetros constitucionales que amparan a los individuos y a los principios establecidos por el Código Procesal Penal, en su función de preservar los postulados de legalidad de toda medida coercitiva, por constituir un sistema que especialmente resguarda las potestades y derechos involucrados.

Ya se dijo que la libertad corporal dentro de todo tipo de proceso se materializa mediante su subordinación al mandato constitucional que refiere que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de Juez competente. Ello significa que cada causal que la restrinja debe estar previa y específicamente determinada en la ley, dado que a nadie se lo puede privar de tal derecho sin justa causa y sin sustento legal. Nuestra Constitución protege estos contenidos cuando en el art. 18 establece el principio enunciado, así como también en el art. 14 al consagrar el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; y cuando en el art. 17 dispone que ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley²³. Sin duda este presupuesto se deriva, entonces, del hecho de que todas las medidas de coerción afectan un derecho constitucional y por lo tanto deben encontrar respaldo en las leyes procesales reglamentarias de aquéllas. De modo que siendo el proceso penal cauce limitador del ejercicio del poder penal del Estado (que se materializa en este caso por vía administrativa), las normas que autorizan tales restricciones, a su vez fijan límites precisos e insuperables para el desenvolvimiento legítimo de las mismas²⁴. En consecuencia resulta vedado aplicar medidas de coerción a solo arbitrio de la autoridad decisora, dado que la propia Constitución Nacional establece que están sometidas al debido proceso legal, previamente reglamentado por las leyes de rito, puesto que los actos de procedimiento no pueden ser ejecutados caprichosa o aisladamente sino que están sometidos a

tribunales de justicia para decidir durante el procedimiento de persecución penal –incluso sobre las medidas de coerción-, creando el Poder Judicial de la Nación y obligando a las Provincias a crear y organizar su propia administración judicial y, por excepción, atribuye también a otras autoridades el poder de emitir la orden escrita que legitima el arresto (CN, 23, 99 inc. 16, 59, 69 y 70). De todos modos, resulta evidente que, si además de la facultad de aplicar penas, se entiende que los jueces naturales son los autorizados a emitir la orden escrita de arresto, permitida por la Constitución, durante el procedimiento penal, ello significa que es posible y legítima la coerción, aún antes de la sentencia firme de condena (MAIER JULIO B.J., *“Derecho Procesal Penal”*, Tomo I, Editores del Puerto 1996, pág. 512).

²² Gordillo Agustín, *“Tratado de derecho administrativo”*, Tomo III, Capítulo V. www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf. Pág. V 33.

²³ BIDART CAMPOS GERMAN J., *“Manual de la Constitución Reformada”*, Ediar 1998, Tomo I, pág. 521.-

²⁴ LEDESMA ÁNGELA ESTER, *“Medidas de Coerción Personal en el Proceso Penal”*, en Revista de Derecho Procesal I, Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni 1998, pág. 358. En tal sentido, destaca la autora, que la autorización al poder jurisdiccional, conferida en términos de eficacia, sólo puede ser ejercida respetando de modo armónico los derechos del individuo sometido al proceso.

normas que los regulan²⁵; por lo que las medidas restrictivas de la libertad forman parte del debido proceso legal que se encuentra sustentado en las normas reglamentarias de los Códigos Procesales Penales²⁶.

Asimismo en los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional encontramos varias disposiciones que consagran expresamente este carácter fundamental de las medidas de coerción. Es así que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el art. XXV dispone que *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”*; principio seguido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el art. 9 establece: *“Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”*, teniendo todo imputado el derecho a *“recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”*, extremo que también se encuentra plasmado en el art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): *“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”*; así como por la Convención sobre los Derechos del Niño que en el art. 37 expresa: *“La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley”*.

Por lo tanto, formalmente nos encontramos con que -como derivación del principio constitucional *“nulla pena sine lege”*- se erige el principio *“nulla coactio sine lege”* en virtud del cual la ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos²⁷. A su vez este postulado puede entenderse de la siguiente manera: *“si la medida de coerción o de injerencia no está prevista en la ley procesal no la podremos adoptar”*. Es decir: no puede haber una medida de coerción o de injerencia que no se encuentre expresamente prevista, porque para estos supuestos se da la misma función que para los delitos a partir de la constatación del tipo penal; en consecuencia, debe haber un tipo de la medida de coerción o de injerencia al que aproximarse de la misma forma en que se configura un delito²⁸. En dicha dirección en el Informe 38/96, la CIDH estableció: *“una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente ser prescrita por ley”*, así como las directrices del Código Modelo para Iberoamérica que dispone que *“Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este código autoriza”*²⁹.

La correcta interpretación del referido extremo sin duda importa la protección de la *seguridad jurídica* y de la *tutela de la libertad individual*, a fin de otorgar prevalencia a la vigencia de los derechos fundamentales del individuo dentro en toda clase de procedimiento; puesto que al constituirse en cauce limitador del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, las normas que autorizan tales restricciones a la libertad personal a su vez fijan límites precisos e insuperables para el

²⁵ LEVENE RICARDO (h), *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Depalma 1993, Tomo I, pág. 216.-

²⁶ ABALOS RAUL WASHINGTON, *“Código Procesal Penal de la Nación”*, Editorial Jurídica Cuyo 1994, Tomo II, pág. 652.-

²⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO NICOLAS, *“Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”*, Colex 1990, pág. 78. El autor destaca, al igual que el principio de legalidad en materia penal, la consecuencia de que la ley procesal sea *scripta, stricta y praevia*.

²⁸ BRUZZONE GUSTAVO A., *“La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”*, en *“La justicia penal hoy (de su crisis a la búsqueda de soluciones)”*, Fabián Di Plácido, 2000, pág. 189 y stes.-

²⁹ SOLIMINE MARCELO A., *“Principios Generales de las Medidas de Coerción. Enunciación universal y aplicación en los Códigos nacional y bonaerense”*, La Ley, 1998-E, pág. 1220.-

desenvolvimiento legítimo de las mismas. De tal forma, la autorización conferida en términos de eficacia sólo puede ser ejercida respetando de modo armónico los derechos del individuo sometido a proceso³⁰. Por lo tanto la libertad individual exige, como mayor restricción represiva dentro del ordenamiento, su estricta sujeción a los mandatos normativos³¹. En tal caso, es dable afirmar que el derecho gobierna por entero la actividad represiva y los órganos del Estado deben ejercerla en un marco jurídico que excluye en grado máximo toda facultad discrecional. Este principio de legalidad certifica el triunfo de la civilización jurídica, dado que la represión debe ser *“per legem et secundum legem”*. Sólo así es legítima³².

Resulta plenamente operativa entonces, la entera vigencia del principio de legalidad cuando se encuentra en juego la libertad personal, reiteradamente señalado por nuestro máximo Tribunal en cuanto: *“las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del art. 18 de la Constitución Nacional”* (CSJN *“RUIZ Pedro Antonio S/Estafa y Falsificación de Documento Privado”*, causa n° 148, rta. 4/11/97), sentando así el principio de que las consideraciones concernientes a la libertad personal son consecuencia directa del principio de legalidad.

Pero yendo al plano constitucional vemos que se legitima la privación de la libertad individual con carácter preventivo, única y exclusivamente si con ella se pretende garantizar que el imputado de un ilícito penal no se sustraerá del accionar de la justicia y no entorpecerá el transcurso de la investigación; extremo que no se configura en el ordenamiento en comentario, donde únicamente la persona se encuentra supeditada al cumplimiento de una disposición administrativa de expulsión del país, aunque ella sea asimilable a una pena.

De tal modo, en el ámbito penal la ley pondera la gravedad del delito imputado y la sujeción al proceso para evaluar la procedencia de la libertad caucionada, pero dada la particularidad del presente proceso, no nos hallamos ante una acusación penal sino frente a una solicitud administrativa de retención, lo cual evidencia la desproporción de la medida cautelar regulada y su necesidad de sustituirla por otra herramienta menos lesiva y acorde con los derechos fundamentales involucrados.

En ese sentido, el art. 9°, 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en primer lugar la excepcionalidad de dicha medida y los parámetros a los que deberá ajustarse, esto es la comparecencia al proceso: *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*.

El legislador argentino ha sido consecuente con estos principios, al reglar las garantías enumeradas precedentemente plasmándolas en la ley 23.984 (Código Procesal Penal de la

³⁰ LEDESMA ÁNGELA ESTER, *“Medidas de Coerción Personal en el Proceso Penal”*, en Revista de Derecho Procesal I, Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni 1998, pág. 347.-

³¹ Es doctrina tradicional de la Corte que las decisiones judiciales que se apartan de disposiciones legales expresas deben ser dejadas sin efecto, pues tal apartamiento constituye un supuesto específico de arbitrariedad (conf. Fallos 261:223, cons. 12 y sus citas). Al formular dicho estándar, el Tribunal refirió que para la configuración de esa hipótesis de arbitrariedad es requisito que no se haya dado en la resolución razón plausible alguna que justifique el apartamiento (Fallos 237; 349, p- 351).-

³² VELEZ MARICONDE ALFREDO, *“Los Principios Fundamentales del Proceso Penal Según el Código de Córdoba”*, Jurisprudencia Argentina 1942 IV, Secc. Doctrina, pág. 14.-

Nación), fundamentalmente en su art. 280, por cuanto: *"La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley"*. Principio que a su vez es racionalmente tamizado por el art. 2 de dicho ordenamiento: *"Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho, atribuido por éste Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.."*. Pensamiento que también es seguido por la exposición de motivos *"...la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley...Asimismo, el arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudique en lo menos posible a la persona y reputación de los afectados por aquél"* (Exposición de Motivos al Proyecto de Código Procesal Penal).

Por otra parte, el art. 7, inc. 5° de la CADH, consagra el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, refiriendo que *"Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio"*, así como también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, inc. 3°, *"La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y, en su caso, para la ejecución del fallo"*; extremos que implica que únicamente la caución debe obedecer a obtener del imputado motivos como para que comparezca al proceso.

De este modo vemos que las medidas de coerción deben aplicarse excepcionalmente, con carácter restrictivo y conforme a un criterio de estricta necesidad actual y concreta, quedando con ello excluido todo rigor innecesario, sea por excesivo para conseguir el fin propuesto o por ser meramente hipotético o inactual el riesgo a prevenir³³.

En definitiva advertimos que desde el plano constitucional no resulta proporcionado someter a la detención de una persona por una medida administrativa, incluso podemos observar que existen otras garantías que eventualmente podrían ser adoptadas, como la promesa juramentada, la constitución de domicilio o incluso una caución económica.

Entonces y según los parámetros que obligan a fundamentar estrictamente toda medida restrictiva de la libertad con anterioridad a la sentencia, no basta justificar la coerción personal sobre la mera expectativa de expulsión que recaerá sobre el individuo; puesto que consiste en una pauta por demás incierta y es un extremo que debe determinarse durante todo el transcurso del proceso.

Por último cabe recordar que la libertad durante el proceso procede *"como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma"* (Fallos 102:225).

Ello no solo habla de la rigurosidad de su apreciación, sino que se debe constantemente demostrar que no puede ser sustituida por otros medios menos lesivos de la dignidad humana. En tal sentido, una medida cautelar en ningún caso puede llegar a devenir en pena anticipada, máxime cuando no existe imputación delictiva.

³³ CLARIA OLMEDO JORGE A. *"Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad procesal del imputado"*, LL. T. 155, p. 1177 y sstes.