

LIMITES TEMPORALES AL PODER PUNITIVO

LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA PROHIBICIÓN DE REINGRESO

MATÍAS EIDEM, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

Teléfono: 45878151

Dirección: Nuñez 5873, Capital Federal.

Código Postal: 1431

Mail: matieidem@gmail.com

I) Introducción

Los límites temporales del poder punitivo son una cuestión que al día de la fecha se encuentra en pleno debate. ¿Hasta qué punto puede el Estado ejercer este poder? ¿Por cuánto tiempo corresponde ejercer el poder punitivo sin violar la Constitución? Ya de por sí resulta problemática la justificación de la pena, como para que buscarle un límite temporal no lo sea.

La cuestión central en relación a los límites temporales del poder punitivo, reside en indagar cómo transformar la responsabilidad criminal atribuida en un determinado período en el cual el individuo culpable se verá privado de algunos derechos. Cuán racional deviene calcular que una lesión al bien jurídico propiedad (como podría ser el robo de un celular) implique 5 años de prisión, qué sucede en términos psicológicos con la persona que se encuentra privada de su libertad por 30 años y qué acontece con aquel que nunca más puede ingresar al país donde tiene a todos sus familiares y amigos.

En la legislación penal vigente – que lamentablemente ya excede la codificación centralizada propugnada por nuestra Constitución –, hay casos de penas que son realmente emblemáticos en cuanto a su determinación temporal, y es menester realizar una interpretación coherente con la Carta Magna para posibilitar su aplicación y vigencia, y no devengan estas en inconstitucionales.

En el presente trabajo se analizarán la pena perpetua y la prohibición de reingreso.

Se hará especial hincapié en la prohibición de reingreso puesto que es la que mayores problemas trae al tratar de compatibilizarla con la Carta Magna.

Lo central será determinar cuál es el límite temporal efectivo de estas penas, es decir, hasta cuándo se aplicarán. Señala Zaffaroni al respecto que *toda pérdida o afectación de derechos proveniente de la consecuencia jurídica de un delito, debe tener un límite temporal dentro del sistema republicano, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica negativa imborrable durante toda la vida*.ⁱ

II) La pena de prisión perpetua

La pena de prisión perpetua ha sido criticada reiteradas veces por considerarse contraria al principio de racionalidad, ya que devendría en una pena “fija”, que desvincula la dimensión del injusto con la pena a imponer. Por otro lado, también se la supuso una pena inhumana y cruel (prohibidas este tipo de penas por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos con idéntica jerarquía).

Ahora bien, es menester interpretar esta pena acorde a la restante normativa vigente, pues *la carencia de un límite legalmente establecido en forma expresa en la ley, obliga a deducirlo por imperio constitucional*.ⁱⁱ De manera que hay que remitirse a la ley para dilucidar el máximo tiempo dispuesto respecto del encierro.

Para ello es fundamental tener en cuenta algunos conceptos del instituto de la libertad condicional.

El artículo 12 de la ley 24.660ⁱⁱⁱ señala la característica principal del régimen penitenciario: su progresividad. Los penados durante el transcurso de su condena atravesarán distintos períodos: de observación, tratamiento, de prueba y finalmente el de libertad condicional. Este último período es el inmediatamente anterior al cumplimiento de la pena impuesta, y su regulación se encuentra en el artículo 13 Código Penal (reformado por la ley 25.892^{iv}), el cual fija los requisitos para que proceda: *“El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena... observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones...”*^v

Cabe agregar que la libertad condicional no se concede a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo (según art. 14 del Código Penal). Este artículo, también modificado por la ley 25.892, es a todas luces inconstitucional, por lo que el límite que se analizará a continuación, también se aplica a estos casos.

Ahora bien, esta normativa sufre de dos problemas insalvables: la tentativa y la participación secundaria (arts. 44 y 46, ambos del Código Penal). *Si alguien pone cianuro en la comida de toda su familia y después de mucho esfuerzo los médicos logran milagrosamente salvar la vida de los envenenados, el asesino frustrado tendrá expedito el camino para solicitar su libertad condicional a los diez años de cumplimiento de la pena (dos tercios del máximo de quince), en tanto que si uno solo de los parientes muere solo podrá obtenerla transcurridos treinta y cinco años de cumplimiento de la pena.*^{vi}

Si bien en un derecho penal de acto la diferencia entre la pena de la tentativa y de la consumación se impone, dado el diferente grado de afectación del bien jurídico, la proporción de esta diferencia no puede ser nunca tan abismal, pues directamente se caería en un derecho penal de extremo puro resultado o cercano al objetivismo más descarnado, no habiendo razón que explique semejante disparidad.^{vii}

En consecuencia, el término de 35 años para obtener la libertad condicional resulta irracional y contrario a un derecho penal de acto como el vigente en nuestra normativa.^{viii}

La solución entonces corresponde buscarla en la normativa previa (el término para obtenerla era de 20 años), o hacerlo más allá del Código Penal, en el resto de la legislación.

La ley 26.200^{ix} implementa el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional^x y trae una importante novedad respecto al instituto en análisis: introduce el delito de mayor injusto reconocido en nuestra ley: el crimen de genocidio. Ergo, para no abandonar la racionalidad que exige el principio republicano de gobierno, éste deberá contener la pena más alta.

Asimismo cabe acudir al artículo 110, inciso 3º del Estatuto mencionado, el cual señala que *“Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse.”*

En consecuencia, se observa como esta nueva normativa no solo nos indica la pena más alta vigente en nuestro sistema, sino que señala también el término máximo establecido para conceder la libertad condicional, ambas características dadas por su vínculo con los injustos más gravosos de la legislación.

Por lo tanto, habría que volver a los 20 años determinados por el Código previo a la reforma introducida por la ley 25.892 o acudir a los 25 años dispuestos por el citado art. 110. *En cualquier caso, sea que la ley 26.200 vuelva al artículo 13 en versión original o que recepte los veinticinco años del Estatuto de Roma, de todos modos desaparecen o al menos se reducen las contradicciones con las escalas reducidas de la tentativa y la complicidad secundaria.*^{xi}

En suma, si bien se parte de una pena perpetua cuya determinación exige la interpretación coherente de la normativa vigente, la solución proveniente de aquélla cumple con las exigencias constitucionales.

III) La prohibición de reingreso

El art. 63 inc b de la ley 25.871 señala que *la expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones.*

i) Concepto y casos de expulsión. Antes de desarrollar el instituto en cuestión, es necesario recordar qué es la expulsión y en qué casos está prevista su aplicación.

Para Manuel Adolfo Vieira, la expulsión *es un acto, generalmente administrativo, mediante el cual un Estado intima y llegado el caso coacciona a uno o más individuos que se encuentran*

sobre su territorio, a que lo abandonen en un plazo generalmente corto y perentorio, prohibiendo su reingreso.^{xii}

Ahora bien, cabe señalar que la expulsión es una medida que priva derechos causándole un “mal” al sujeto pasivo de aquélla, por lo que cabe coincidir en que se trata de una sanción penal. Si bien no es el objeto del presente trabajo, corresponde indicar que la constitucionalidad de ésta es, por lo menos, dudosa^{xiii}.

La casuística de su aplicación nos la otorga la ley 25.871. Ésta puede consistir, entre otros, en una pena principal por un incumplimiento relacionado directamente con el ingreso al país – pena por falta administrativa, art. 37-, o con la declaración de ilegalidad de la permanencia – otra falta administrativa, art. 61-, o con la presentación de documentación falsa ante la autoridad de documentación -art. 29-, o la condena judicial por un delito doloso que merezca pena de prisión mayor de cinco años -art. 62-, y por último, en los casos que el extranjero se encontrare en situación irregular con acto administrativo de expulsión firme y consentido, y el inmigrante fuera condenado a una pena de ejecución condicional o hubiera cumplido los requisitos dispuestos por el art. 17 de la ley 24.660 -art. 64-.

Sin perjuicio de los impedimentos constitucionales que surgen de interpretar este instituto bajo lo previsto por los arts. 14, 20 y 25 de la Carta Magna, se analizará una de las consecuencias obligatorias de la expulsión, esto es, la aplicación de la prohibición de reingreso.

La pena de expulsión y la prohibición de reingreso son institutos complementarios que se aplican para poder seleccionar a los inmigrantes. Estas dos medidas se encargan de los extranjeros que ya han ingresado; en cambio, las pautas de admisión regularán a los que deseen hacerlo. De esta manera, el estado ejerce su derecho a *regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida que, con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común, es compatible con los derechos y garantías asegurados por la ley suprema que, en principio, no amparan al extranjero que logra ingresar al país eludiendo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de inmigración y su reglamentación*^{xiv}. Por último, cabe traer a colación dos preguntas que se realizó Durá hace casi un siglo: *¿Tiene la nación Argentina el derecho de expulsión? Sin duda alguna: lo tiene toda nación soberana... ¿Pero puede el Congreso, al reglamentar el ejercicio del derecho soberano de expulsión, reglamentarlo en una forma directamente contradictoria con la Constitución del Estado...?*^{xv}

ii) La prohibición de reingreso como pena. Ya descritos los casos en que va a proceder la prohibición de reingreso, cabe identificar en qué consta esta medida. A tal respecto cabe señalar que la prohibición implica una restricción al extranjero para ingresar al país.

Si aceptamos que una pena es *una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*^{xvi}, no cabe duda de que el impedimento para el extranjero es una pena.

Esta pena es sin dudas inconstitucional. No sólo por ser incompatible con los artículos 14 y 20 de la Constitución, sino también porque tiene una finalidad que defiende la neutralización o eliminación de las personas – al no permitírseles que vuelvan al país, se acaba el problema que ellos causan -. Esta finalidad contraría la dignidad humana – al cosificar al ser -, y el concepto de persona adoptado por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos del Hombre entre otros. Asimismo, esta pena consagra, junto con la expulsión, un derecho penal especial únicamente para extranjeros, que mucho tiene que ver con el derecho penal de autor.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde analizar la problemática que trae en cuanto a sus limitaciones temporales.

iii) El continuo gravamen. Tal como surge del artículo 63, inc. b de la ley 25.871, esta restricción puede ser permanente o por un plazo determinado que deberá ser mayor de 5 años. Sin perjuicio de que más adelante se analizará el problema que surge de la indeterminación del plazo en comparación a los institutos ya analizados, cabe hacer mención a lo que ocurre durante el transcurso de esta prohibición.

Parecería obvio que la pena terminará recién al concluir el período de prohibición de reingreso, pero la Corte entendió otra cosa. Así señaló que, *habiéndose concretado la expulsión del amparado, carece de objeto que la Corte se pronuncie sobre la procedencia del hábeas corpus, pues no existe agravio actual que justifique el ejercicio de la jurisdicción por parte del tribunal.*^{xvii}

En el precedente reseñado, nuestro máximo Tribunal no consideró que la prohibición de reingreso fuera un gravamen para el imputado, y entendió que la pena se agotaba con la mera expulsión.

Esta inteligencia no hace más que desconocer la pena accesoria de la expulsión que aquí se estudia, y en consecuencia, sus efectos. Así lo entendieron los Dres. Petracchi, Fayt y Boggiano en el voto disidente del referido fallo al señalar que, *en cuanto a la subsistencia del gravamen, éste aún persiste en la medida en que la libertad ambulatoria de De la Torre se encuentra severamente restringida por la imposibilidad de volver a ingresar al país.*

En conclusión, al ser una pena, las consecuencias de la prohibición de reingreso recién se agotarán cuando ésta finalice, por lo que habrá que determinar este punto temporal para señalar el fin del “mal” para el extranjero.

iv) El plazo mínimo. Al comenzar a indagar respecto del límite temporal de esta prohibición, y remitirnos a la letra de la ley, nos encontramos con que el plazo de este impedimento no podrá ser nunca inferior a 5 años. Pocas figuras del Código Penal tienen un mínimo tan elevado: el homicidio (art. 79), el abuso sexual con acceso carnal (art. 119 3er párrafo), la privación ilegítima la libertad (art. 142 bis), entre otros.

¿Es racional que la pena de prohibición de reingreso, accesoria de la expulsión^{xviii} pueda funcionar como accesoria y tenga un mínimo tan elevado? ¿Cuál es el fundamento de este inusitado mínimo penal?

Para responder a la primer pregunta, cabe traer a colación ciertos ejemplos que traen objeciones insuperables: supongamos que un inmigrante (residente en nuestro país) es condenado a un mes de prisión de efectivo cumplimiento por considerársele autor del delito de robo simple. Se trata de una figura dolosa, cuya pena máxima prevista en el art. 164 del Código Penal es de 6 años. ¿Es racional que, de expulsarse al inmigrante (art. 62 inc. b de la ley 25.871), la prohibición de reingreso sea prevista para un lapso de tiempo que representa sesenta veces mayor?

También podría ocurrir que un inmigrante en situación irregular, con orden de expulsión firme, fuera expulsado previo a ser condenado en los términos del art. 64 inc. c de la ley 25.871, al reemplazar la concesión de la suspensión del juicio a prueba por la expulsión. Sin perjuicio de los serios problemas constitucionales que trae esta aplicación de la pena de expulsión a inocentes, en este caso no solo se lo estaría expulsando, sino también prohibiendo que regresare por un mínimo de 5 años, plazo que puede no tener vínculo alguno con el delito por el que se lo investigue. Si el imputado fuera procesado por lesiones leves en riña (art. 96 del C.P) o por daños (art. 183 del C.P) o resistencia a la autoridad (art. 239 del C.P), podría ser penado a no regresar al país por un mínimo de 5 años, cuando el mínimo de los delitos previstos son 4 días de prisión en el primero, y 15 días en los restantes. Las cuentas no son necesarias en este caso.

Por último cabe suponer el caso de un extranjero turista (“residente transitorio” en los términos del art. 24 de la ley 25.871), que excedió el plazo de tres meses y su correspondiente prórroga dispuesta por el Decreto 616/10^{xix}, que se encuentra en situación irregular. Si se aplicare lo dispuesto por el art. 61 de la ley 25.871 y se decretase la expulsión – con la consiguiente prohibición de reingreso –, se sancionaría al individuo con una pena inmediata con una consecuencia que se prolongará por lo menos por 5 (cinco) años. ¿Cometió un delito? No, una falta administrativa. Aunque sea discutible si el derecho penal es el medio idóneo para responder contra este tipo de faltas, y que la expulsión pueda ser aceptada como una facultad inherente a la soberanía, imponer a la prohibición de reingreso por un mínimo de cinco años es sin duda un monto extremadamente elevado.

En conclusión, el límite mínimo temporal ya aparece con un serio obstáculo para la aplicación de este instituto. Como se verá en el punto siguiente, la graduación del monto de la

prohibición dependerá de la causa que genere la expulsión, pero sin dudas, partir de un mínimo tan elevado es irracional.

El fundamento de este elevado mínimo penal es sencillo: se expulsa a un inmigrante seleccionado del sistema que no sirve al modelo del país elegido por el gobierno de turno, por lo tanto, hay que garantizarse que no vuelva a entrar por un determinado período de tiempo. Al legislador le pareció correcto establecer un mínimo de 5 años como base para prohibirle al extranjero regresar, y mantener así el orden migratorio (elegir quién puede quedarse y quién no). Esta idea es una aplicación de dos conceptos del derecho penal que tienen serios e insuperables conflictos con nuestra constitución: el derecho penal de autor y la prevención especial negativa.

En cuanto al primero, el impedimento en análisis expresa un claro ejemplo de un derecho penal que nada tiene que ver con lo hecho, sino con la cualidad de extranjero sumada a la de “inútil” para los objetivos del gobierno. Desde ya, es importante aclarar esto último, puesto que difícilmente se encuentren casos de expulsiones de extranjeros que ofrezcan en el país inversiones.

Respecto a la prevención especial negativa, el mínimo de 5 años de la prohibición de reingreso garantiza tener eliminado al extranjero por lo menos, por un considerable término.

En conclusión, el plazo mínimo de 5 años para la prohibición de reingreso puede dar soluciones completamente irracionales y resulta un término desproporcionado por demás, y basado en instituciones contrarias a la Carta Magna. He aquí el primer problema, el mínimo aplicable debería sin duda disminuir o aceptarlo como mero indicador, so riesgo de continuar resultando groseramente irracional.

v) El plazo máximo: permanente. Tal como se señalara precedentemente, toda pena debe tener un límite en el tiempo. El Código Penal señala para determinados delitos una pena perpetua, es decir, *que dura y permanece para siempre*^{xx}. Pero para este caso, el legislador optó por una palabra distinta: permanente. Esta última significa: *mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad*^{xxi}. En consecuencia, la pena permanente será aquella que se mantenga sin cambiarse, por lo que el concepto se asemejaría bastante al de la perpetuidad.

Si recordamos los conceptos vertidos anteriormente, la pena perpetua, como toda pena privativa de la libertad, se encuentra sujeta a diferentes etapas progresivas. La última de ellas es el período de libertad condicional. La prohibición de reingreso también es una pena que perdura en el tiempo pero a diferencia de las penas privativas de libertad, no tiene diferentes fases.

Ahora bien, corresponde buscar un límite temporal al máximo de este impedimento que, de por sí, genera indeterminación e incertidumbre inaceptables en nuestro sistema constitucional. El problema aquí no radica en la graduación de la pena que luego se analizará, sino que se reduce al hecho de determinar un máximo legal –derivado de la Constitución - para reducir la irracionalidad que conlleva.

Este tipo de pena se vincula con lo que Ferrajoli denomina *derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado... que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas*^{xxii}.

Por las razones vertidas anteriormente al mencionar la modificación estructural introducida por la ley que implementa el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma, al ingresar el delito tipificado de genocidio y la posibilidad de una reducción de pena en el caso de las penas perpetuas a los 25 años, ninguna pena podría extenderse más allá de este plazo. Ergo, este plazo máximo de supuesta permanencia no podrá exceder los 25 años.

Aunque no sea una pena privativa de la libertad y los efectos sean menos lesivos para con la persona que en esos casos, el máximo propuesto es irracionalmente elevado, relacionado únicamente con la intención del gobierno de turno de eliminar ciertos sujetos disfuncionales al sistema.

Ahora bien, acorde a lo hasta aquí expuesto la pena accesoria de la prohibición de reingreso tendría una escala que iría desde los 5 hasta los 25 años. De esta reflexión surge otro problema. En nuestro marco positivo hay pocos delitos que por sí^{xxiii} prevean una pena con tanta diferencia entre su máximo y su mínimo. Con la introducción de la ley 26.200, los delitos con mayor amplitud son

los crímenes de lesa humanidad y los de guerra (de 3 a 25 años), el de genocidio (5 a 25 años) y el homicidio (8 a 25 años). En estos casos la gran amplitud se vincula con el valor del bien jurídico que se lesionaría en caso de realizar los tipos allí descriptos.

¿Cuán racional resulta que una pena accesoria de otra pena – que a su vez puede ser accesoria o incluso una pena por faltas administrativas – otorgue semejante poder discrecional?

Esta inusitada extensión se vincula al ideario del legislador en relación al derecho penal de autor y a la eliminación de los individuos que no sean funcionales al sistema mencionado anteriormente. Esta norma permite una grosera ampliación del ejercicio del poder punitivo, de manera que quienes se opongan al carácter reductor del derecho penal y deseen continuar con la selección de las agencias policiales, puedan gozar de una discrecionalidad excesiva, que se vinculará íntimamente con sus ideales de política criminal que podrán alejar cada vez más esta pena de los principios constitucionales.

En consecuencia, la escala prevista por la normativa vigente – interpretada en su conjunto -, es por completo irracional, tanto en su mínimo como en su máximo. Entonces, sin perjuicio de las eventuales inconstitucionalidades, deberá ser el decisor del monto de la pena^{xxiv} quien tendrá en sus manos la posibilidad al graduar la pena de hacerlo reduciendo la irracionalidad de esta, sin dejar de tener en cuenta el máximo como una referencia, pero también en su conocimiento los problemas que atraería si lo aplicase.

vi) La graduación. Ya analizados los límites temporales del ejercicio del poder punitivo en abstracto respecto la prohibición de reingreso, cabe observar ahora los lineamientos que brinda la norma para aplicarla en concreto. Al respecto, dice el inciso en estudio que la duración de este impedimento será graduada *según la importancia de la causa que la motivara*. En este caso, el legislador realizó un gran avance del que se carecía en la legislación anterior: vinculó la graduación de la pena con la causa que la motivara.

Ahora bien, a la luz de lo hasta aquí explicado, sería muy ingenuo pretender que la graduación únicamente tuviere que ver con la causa que la motiva. En primer término, tal como se refiere a lo largo del presente trabajo, la prohibición de reingreso se vincula íntimamente con la voluntad del estado soberano en impedir que un extranjero ingrese en su territorio. En consecuencia, no se puede pretender que esta finalidad no juegue un papel importante a la hora de la graduación de la pena.

El otro inconveniente lo brindan las *causas de expulsión*. Como se mencionara^{xxv}, algunas de ellas son por faltas administrativas, razón que no permitiría una correcta graduación de la escala prevista. Suficientemente irracional e inconstitucional es la aplicación de penas por faltas administrativas^{xxvi}, como para que estas últimas sean los parámetros de una pena que, de por sí, tiene una escala penal con un mínimo excesivamente alto y una gran diferencia con su máximo – también irracional-.

En los casos que la prohibición de reingreso se vincule con condenas penales de los inmigrantes, el injusto podría ser indicador de este monto. Sin embargo, el mínimo de esta pena impedirá una aplicación racional, por lo que deberá optarse por coincidir Zaffaroni en que *los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos legales son meramente indicativos*^{xxvii}

En cuanto a la aplicación concreta del máximo, ya se señaló que resulta irracionalmente elevado, por lo que no deberá alcanzarse tal extremo, incluso cuando funcione como accesoria de delitos con elevadas escalas penales.

En conclusión, el caso particular tendrá que ser analizado cuidadosamente y, de aplicar esta medida, se hará evitando que se expanda la irracionalidad que surge al respecto de los límites temporales del poder punitivo.

vii) La dispensa. Por último, corresponde hacer una breve mención a la única excepción del cumplimiento de la prohibición de reingreso que prevé la ley 25.871. Este instituto, si bien parecería

ser positivo y permitir que la prohibición quede extinguida, trae serios inconvenientes. En primer término, quien dictaría la dispensa a los extranjeros condenados a la pena de expulsión sería la Dirección Nacional de Migraciones. Esta facultad sería una extensión de la gran atribución que tiene esta dependencia, puesto que ésta es quien decreta, mediante decisión administrativa, la orden de expulsión. En consecuencia, la DNM no concentra solamente la potestad de expulsar del país a aquellos inmigrantes seleccionados y decidir por cuánto tiempo no ingresarán, sino que también decide respecto de su dispensa.

Por otro lado, la ley no indica cuáles son las causas que deberán promover la aplicación de este instituto. Esa omisión –haya sido voluntaria o involuntaria-, no hace más que ampliar el poder discrecional de esta dependencia administrativa respecto de los límites temporales del poder punitivo.

En conclusión, la última oración del inciso en estudio trae un instituto del cual, si bien puede ser favorable a los inmigrantes, resultaría necesaria una urgente reforma para acotar el inmenso poder que tiene la Dirección Nacional de Migraciones.

IV) Conclusiones

El ejercicio del poder punitivo necesita límites concretos. Resulta inconcebible para un sistema respetuoso de la persona y los derechos humanos que un individuo sea condenado por toda su vida. Los límites están en la misma legislación, solo corresponde hacer una interpretación consciente y racional de ésta.

En cuanto a la prohibición de reingreso, cabe reafirmar su inconstitucionalidad, puesto que tiende a apartar de la sociedad y a no permitir el ingreso de un individuo considerado indeseable; representa un resabio del derecho penal de autor derogado constitucionalmente. Asimismo, su letra es contraria a la igualdad entre los nacionales y extranjeros propugnada por el artículo 20 de la Carta Magna.

El impedimento en cuestión trae grandes problemas en relación a los límites temporales del poder punitivo. Según se analizó, su mínimo resulta extremadamente elevado, y en consecuencia generará problemas en su aplicación, provocando resultados completamente irracionales.

Asimismo, esta prohibición tiene un límite máximo indeterminado (pena permanente) que, por las razones esgrimidas al analizar la pena perpetua, deberá ser definido en 25 años. A partir de ello, surge una amplitud excesiva entre el mínimo y el máximo de esta pena, que permite a la autoridad de aplicación moverse discrecionalmente según el fin que persigue este instituto: eliminar al extranjero del país. Este objetivo también se verá reflejado en la graduación de la pena en el caso en concreto.

En fin, la pena de prohibición de reingreso amplía insólitamente los límites temporales del poder punitivo, sin respetar la racionalidad que debe tener todo acto de gobierno. Disponer una escala penal tan elevada (en su mínimo y en su máximo), carente de lógica y finalidad coherente con la Constitución, es una razón más para declarar la inconstitucionalidad de este instituto.

NOTAS

ⁱ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. "Derecho Penal. Parte General". Ed. Ediar, 2ª edición, Bs.As. 2008, pág. 945

ⁱⁱ Idem

ⁱⁱⁱ Sancionada el 19 de junio de 1996, promulgada el 8 de julio de 1996 y publicada el 16 de julio de 1996

^{iv} Sancionada el 5 de mayo de 2004, promulgada el 24 de mayo de 2004 y publicada el 26 de mayo de 2004

^v : 1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; 3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4º.- No cometer nuevos delitos; 5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes; 6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional

^{vi} Zaffaroni E. R "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente" LL 10/05/10

^{vii} Id. Anterior

^{viii} La solución jamás podría ser la de aumentar las escalas previstas para la tentativa y la participación secundaria, puesto que violaría el principio de legalidad y la prohibición de la analogía

^{ix} Sancionada el 13 de diciembre de 2006, promulgada el 5 de enero de 2007 y publicada el 9 de enero de 2007

^x Aprobado por ley 25.390, sancionada el 30 de noviembre de 2008, promulgada el 8 de enero de 2001 y publicada el 23 de enero de 2001.

^{xi} Zaffaroni E. R "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente" LL 10/05/10

^{xii} Ossorio y Florit, Manuel; Obal, Carlos R y Bitbol, Alfredo "Enciclopedia Jurídica Omeba" Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo XI.

^{xiii} Ver al respecto Bidart Campos, Germán J. "Manual de la Constitución reformada" Ed. Ediar. Bs As. 1997. I Tomo. Capítulo VII, Acápites 42

^{xiv} Fallos 210:558

^{xv} Durá, Francisco. "Naturalización y expulsión de extranjeros". Ed. Coni Hnos. Buenos Aires, 1911, Pags. 234 y 235.-

^{xvi} Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Ob. Cit. Pag. 45

^{xvii} JA 2000-III-547. Fallos 321:3646

^{xviii} Que a su vez puede resultar accesoria de otra pena

^{xix} Publicado el 6 de mayo de 2010

^{xx} Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición

^{xxi} Idem

^{xxii} Luigi Ferrajoli. "Derecho y razón". Editorial Trotta. Madrid, 1995. Pag 105

^{xxiii} Se excluye de esta consideración los casos de concurso de delitos que pueden llevar a la irrisoria situación de que 25 hurtos simples sean condenados por una pena que va desde el mes hasta los 50 años

^{xxiv} Si bien la nueva normativa introdujo al órgano jurisdiccional como un paso obligatorio, aún la DNM posee amplias facultades.

^{xxv} Ver III) i)

^{xxvi} Se violaría el principio de lesividad, la garantía del ne bis in idem, etc.

^{xxvii} Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Ob. Cit. Pag. 995

BIBLIOGRAFÍA

- Baeza, Carlos R. "Exégesis de la Constitución argentina". Ed. Ábaco. Buenos Aires, 2000.-
- Barboza, Julio. "Derecho Internacional Público". Ed. Zavalía. Buenos Aires, 2008.-
- Bidart Campos, Germán J. "Manual de la Constitución reformada". Ed. Ediar. Buenos Aires, 1997.-
- Chausovsky, Gabriel. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad – Hoc, año VI, número 10ª, 2000.-
- Durá, Francisco. "Naturalización y expulsión de extranjeros". Ed. Coni Hnos. Buenos Aires, 1911.-
- Luigi Ferrajoli. "Derecho y razón". Editorial Trotta. Madrid, 1995.-
- Martínez Escamilla, Margarita. "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? InDret: Revista para el análisis de derecho. Barcelona, Julio de 2009.-
- Martínez Escamilla, Margarita. "¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318bis CP en clave de legitimidad" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2008, núm. 10-06.-
- Monclús Masó, Marta. "La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.-
- Monclús Masó, Marta. "La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta". Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona. Nº 94. 1 de agosto de 2001.-

-
- Modolo, Vanina. “La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones”. Proyecto UBACyT (S016): “Dos dimensiones de la Argentina migratoria contemporánea: inmigrantes mercosureños y emigrantes argentinos. Aspectos demográficos, políticos y sociales”. Directora: Susana Novick.-
 - Ossorio y Florit, Manuel, OBAL, Carlos R y BITBOL, Alfredo. "Enciclopedia Jurídica Omeba" Editorial Bibliográfica Argentina.-
 - Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 5ta edición, Tomo II. -Ed. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1992.-
 - Zaffaroni E. R “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente” LL 10/05/10
 - Zaffaroni Raul E., Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. “Derecho Penal, Parte General”. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2008.-