

Poder Judicial de la Nación

Sala I, C/Nº 42.542 “ M. S. K.
s/procesamiento ”

Juzgado Nº 12 - Secretaría Nº 24

Expediente Nº 10381/08

Reg. Nº 624

////////////////////////nos Aires, 30 de junio de 2009.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I) Llegan las presentes actuaciones a consideración de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Gerardo Pereira, abogado defensor de K. M. S., contra la resolución que en copia obra agregada a fs. 1/6 del presente incidente, por intermedio de la cual el Magistrado de grado sometió a proceso al nombrado por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito de facilitación de la permanencia ilegal de extranjeros en el territorio argentino (arts. 117 de la Ley 25.871).

II) Previo a revisar el pronunciamiento recurrido en la medida de los agravios expuestos por la parte, habrá de efectuarse una

somera descripción de los hechos materia de investigación.

Con ese horizonte, es preciso señalar que K. M. S. se encuentra implicado en la presente encuesta sustancialmente por haber empleado en su taller textil, ubicado en la calle Gregorio de Laferrere 3734/6 de esta Ciudad, a las ciudadanas bolivianas G. C. F., V. O. A. M. y M. d. R. S. F., sin que ellas hubiesen regularizado su residencia en el país.

La hipótesis delictiva manejada hasta el momento, y que se refleja en la decisión incriminante adoptada por el instructor, parte de suponer que el imputado, al otorgarle trabajo a las personas referidas, habría simplificado su permanencia ilegal en el territorio argentino al evitar que se vieran obligadas a regularizar su situación migratoria, obteniendo también de esa manera un beneficio económico al evadir el pago de las cargas sociales a las cuales hubiera estado obligado como empleador en el caso de que las trabajadoras se encontraran legalmente registradas.

III) En lo que respecta a los agravios expuestos por la parte, debe señalarse que las críticas sobre las que se funda la apelación se dirigen a cuestionar la adecuación de la conducta del imputado al tipo penal contenido en el art. 117 de la Ley 25.871, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

En primer lugar, afirmó la defensa que no habría podido comprobarse durante la investigación la obtención por parte de K. M. S.

de un beneficio económico en virtud de la condición de ilegales de las ciudadanas bolivianas a las que había empleado.

Cuestionando también la materialidad del ilícito, puso énfasis en que los trabajadores extranjeros del taller que fueron escuchados en declaración testimonial, no habían podido identificar al causante como la persona que los había empleado, habiendo aludido todos ellos a un individuo de nombre “R.”.

Destacó por otra parte que tampoco existían indicios que dieran cuenta de que el imputado conocía la situación migratoria irregular de las empleadas al momento de contratarlas, lo que impedía tener por acreditado el dolo exigido por la figura penal escogida por el instructor.

Por último, cuestionó el monto fijado por el a quo en concepto de embargo, mencionando en esa dirección que K. M. S. trabajaba como costurero, vivía con su madre y no poseía bienes o valores.

IV) Llegado el momento de revisar la decisión jurisdiccional impugnada, la conclusión a la que se arriba es que no corresponde homologar en esta instancia el pronunciamiento puesto en crisis, ya que a entender de este Tribunal el instructor ha efectuado una equivocada interpretación de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la norma penal en danza, circunstancia que influyó negativamente en el

análisis de tipicidad del comportamiento reprochado al imputado.

Será imprescindible entonces, previo a encarar el análisis de la situación particular de K. M. S., efectuar una descripción general de la Ley de Política Migratoria N° 25.871, como así también del tipo penal contenido en su art. 117, este último aplicado por el a quo al momento de someter a proceso al causante.

En ese camino, se hará hincapié en el espíritu que atraviesa a la totalidad del articulado, y una especial referencia al modo en que se encuentran redactados los tipos penales incorporados en el Título X “De la autoridad de aplicación”, Capítulo VI “Delitos al orden migratorio”.

IV) I. La Ley de Política Migratoria Argentina (Ley N° 25.871 –B.O. 21/01/04–).

Desde su entrada en vigencia, la ley 25.871 ha sido objeto de diversos cuestionamientos por parte de la doctrina, todos ellos coincidentes al momento de destacar la ausencia de criterios técnicos adecuados durante su etapa de desarrollo en el ámbito parlamentario (Ver, entre otros, Gordillo, Agustín; “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino”, publicado en La Ley, Año 2004-B, pag. 1123).

La incorporación de los tipos penales no fue inmune a tales deficiencias. Ellas se vieron traducidas principalmente en la ausencia de

precisión al momento de ser descriptos los comportamientos que pretendían ser captados y reprimidos como delitos contra el orden migratorio.

A ello se refirieron Morales y Asurey cuando se alaron “ Una lectura breve de los tipos penales creados por la (...)ley nos evidencia serios defectos en las descripción de las conductas punibles y, sobre todo, una confusa técnica de elaboración normativa. La ambigüedad y la inconsistencia normativa es el eje rector de ese capítulo” (Morales, Diego; Asurey, Verónica; “ La nueva ley de migraciones y las cuestiones de derecho penal y procesal penal. Una bienvenida sin sombrero ” ; Nueva Doctrina Penal; Año 2004/A; Editores del Puerto; pag. 266).

Cierto es que la excesiva amplitud en la redacción de las disposiciones penales y la ausencia de precisión descriptiva constituye un indicio revelador de la posibilidad de que se vea comprometido el principio de legalidad, consagrado en nuestra Constitución Nacional (arts. 18 y 19) y en instrumentos internacionales de igual jerarquía, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9). Pero los recursos de técnica legislativa que aquí se reputan deficientes pueden ser salvados con una adecuada hermenéutica, interpretándose las normas en cuestión de manera armónica con el espíritu de la propia ley que

las contiene y con la terminología utilizada en la redacción del resto de su articulado, como forma inicial de agotar las diferentes ópticas que permitan respetar la presunción de constitucionalidad de los preceptos (CSJN, L.486 XXXVI “Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones -art. 104 y 89 del Código Penal-” , c/n° 3221, rta: 17/05/05, Considerandos 27 y 28).

En ese campo, se erigen como una ineludible pauta exegética los objetivos de política migratoria que guiaron la sanción de la Ley 25.871, que adoptaron en parte como fuente de inspiración los principios instaurados en distintos instrumentos internacionales, como ser los convenios de la OIT relativos a la defensa de los derechos de los trabajadores migrantes (principalmente el Convenio sobre Trabajadores Migrantes, C 97, 1949) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, del 18/12/90).

A partir de ello, si bien resulta incuestionable que la temática central que gobierna la ley vigente se encuentra constituida por la optimización de los engranajes estatales en materia de control del flujo migratorio, esa orientación operativa (razonable si se quiere como herramienta administrativa de gestión gubernamental) se ha visto nutrida por una clara intención legislativa de proteger los derechos de los

inmigrantes:

“ La situación de los inmigrantes, principalmente la de los trabajadores limítrofes, exige el desarrollo de estrategias y normas que garanticen el respeto de sus derechos sociales, económicos y culturales. En atención a su condición de seres humanos, y en consonancia con la tradicional disposición de nuestra Nación de recibir fraternalmente y garantizar los derechos constitucionales vigentes a ‘ todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino ’ , es que solicitamos la aprobación del presente proyecto ” (ver exposición de fundamentos).

Se instaló de este modo como objetivo de política migratoria el efectivo reconocimiento y protección de los derechos del inmigrante, en línea con los compromisos internacionales asumidos por el Estado en un marco de política de integración y con los principios instaurados en nuestra Constitución Nacional, en claro reconocimiento de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los extranjeros que ingresan al país con intenciones de radicación (esta Sala, con diferente integración, se ha expedido sobre esta problemática en particular en el precedente “ Martínez Brítez, Dominga R.... ” , c/nº 40.001, reg. 1251, rta: 24/10/07).

Esa aspiración legislativa, reconocida de modo explícito en el Título Preliminar, Capítulo II - “ Principios generales ” -, impregnó en mayor o menor medida las distintas disposiciones que

componen el articulado.

Puede decirse entonces que la ley gira en torno a dos ejes fundamentales que podr í an ser entendidos como objetos generales de tutela: por un lado, la efectividad y eficiencia de los mecanismos estatales en materia de control migratorio y, por el otro, el inmigrante en estado de vulnerabilidad, sujeto de derechos y obligaciones.

Frente a la imprecisi ó n terminol ó gica advertida en la redacci ó n de los tipos, el alcance y contenido de las figuras penales que conforman los delitos de orden migratorio deben ser precisados contemplando aquellos objetivos generales que hacen a la identidad de la ley.

IV) II. El tipo penal contenido en el art. 117 y la infracci ó n administrativa contemplada en el art. 55.

A partir del significado jur í dico que el a quo le ha otorgado al comportamiento cuestionado a K. M. S., y tomando en consideraci ó n especialmente las caracter í sticas particulares del accionar analizado, deviene necesario efectuar una diferenciaci ó n entre la infracci ó n administrativa y el delito penal previstos por la Ley 25.871 en los arts. 55 y 117, respectivamente.

En primer lugar, el art. 55, párrafo segundo, dispone:

“ (...),ninguna persona de existencia visible o ideal, p ú blica o privada, podr á proporcionar trabajo u ocupaci ó n remunerada, con o sin

relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente ” , estableciéndose en el art. 59 la sanción de multa para quienes infrinjan la mencionada disposición.

Por su parte, el art. 117 de la ley 25.871 expresamente reprime con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años a quien “ (...)promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el Territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio ” .

Ha sealado la doctrina que facilita la permanencia irregular en el país de extranjeros quien hace posible o más sencilla su permanencia ilegal, allanando las condiciones de la estadía o ayudando a salvar los obstáculos. A su vez, la permanencia debe ser entendida como la estancia en el país dotada de una duración firme, constante y estable (Hairabedián, Maximiliano; “ Delitos Migratorios ” , La Ley, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, 25/06/07, pag. 27 y sgtes.).

La ilegalidad del extranjero, como elemento normativo del tipo, se encontrará sujeta por otra parte a las categorías impuestas por la dependencia administrativa que posea competencia en materia migratoria, que en este caso en particular es la Dirección Nacional de Migraciones, órgano de aplicación de la ley (ver arts. 20 y 107).

Ahora bien, más allá de los cuestionamientos que pueden

efectuarse en cuanto al modo en que se encuentra redactado el tipo penal, lo cierto es que la aparente relación g é nero-especie que se plantea entre la proyección objetiva de ambas disposiciones – arts. 117 y 55, párrafo segundo, de la Ley 25.871– revela la necesidad de establecer en qué supuestos el otorgamiento de trabajo u ocupación remunerada a extranjeros ilegales podría ser entendido como una de las diversas formas de facilitar su permanencia en el país en los términos de la disposición penal (CCCFed, Sala II, c/nº 26.083 “Guaraschi Mamani, Tito y otros...” , reg. 27.707, rta: 20/11/07).

En esa dirección, no puede sino concluirse que la gravedad sancionatoria de la figura legal del art. 117 – prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años–, en contraposición con la sanción de multa establecida para quien infringe la norma administrativa del art. 55, párrafo segundo, encuentra su justificación en las diferencias que poseen ambas disposiciones a nivel típico, indicativas del distinto disvalor de las acciones que cada una de ellas intenta receptar.

En un reciente precedente jurisprudencial se ha hecho un cotejo objetivo entre aquellas normas, señalándose que la simple actividad de facilitación (como por ejemplo otorgar trabajo individual a un ilegal), desvinculada e independiente de la ilegalidad del inmigrante, puede no ser ilícita o constituir una infracción administrativa. Pero “ (...) si la contribución a la permanencia ha constituido el aprovechamiento laboral

diagramado, ya no aisladamente, sino como ‘política de empresa’, ello sí será constitutivo del delito penal, porque en ese supuesto la ilegalidad del inmigrante será parte inseparable de la conformación comercial (...)” (CCCFed, Sala II, c/n/27.703 “H. S. L. y C. S. H. s/procesamiento y embargo”, reg. 30.024, rta. 16/06/09, el destacado nos pertenece).

Ese especial aprovechamiento de la irregularidad migratoria de los trabajadores por parte del autor, encarado de manera general y como “política de empresa”, es lo que en definitiva convertirá el comportamiento en una acción penalmente relevante. Por ese motivo, la conducta típica en supuestos como el analizado se verá acompañada no sólo por la existencia de un mecanismo ilegal de captación de inmigrantes, sin el cual no podría ser materializada la mentada empresa ilícita (CCCFed, Sala II, c/n° 26.083 y 27.703 ya citadas), sino también por actos dirigidos al aseguramiento o protección de la permanencia ilegal de los extranjeros en el país (Hairabedián, Maximiliano; “Delitos Migratorios”, ya citado; y González Núñez, Josefina, “Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios”, trabajo elaborado para el Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico –CIIDPE–, 24/11/08).

Por otro lado, desde el punto de vista subjetivo, para que la conducta del autor ingrese en el ámbito de aplicación de la norma penal

debe haberse visto impulsada por el interés en la obtención de un beneficio de manera directa o indirecta, conforme la exigencia establecida expresamente en la norma como requisito subjetivo distinto del dolo.

Si bien es cierto que la propia redacción del tipo penal no brinda precisiones acerca de las características que debe presentar el beneficio procurado por el agente, ese escollo descriptivo puede ser sorteado recurriéndose al resto del articulado. Y es así como se advierte que el legislador, al describir las situaciones que serían consideradas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional, entre ellas estableció en el Capítulo II, Art. 29, inc. f), “ Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia y el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional” (el subrayado nos pertenece).

La disposición hace clara referencia a condenas o antecedentes por el delito que aquí se analiza, pero su redacción en este caso sí precisa las características que debe presentar el provecho procurado por el autor. A partir de ello, la primera conclusión a la que se arriba es que el beneficio al que se refiere la manda del art. 117 debe ser estrictamente de naturaleza económica.

Sin embargo, esta afirmación encuentra un nuevo límite en lo establecido por el art. 55, párrafo segundo. Es que el autor de la

conducta prevista como simple infracción administrativa (quien de manera aislada otorga empleo remunerado a ilegales) por lo general perseguirá con dicha acción, directa o indirectamente, un provecho económico.

Por ese motivo, una interpretación armónica de la ley permite establecer como segundo parámetro valorativo que el comportamiento del agente ingresará en el marco de prohibición de la norma penal cuando se haya visto impulsado por la persecución de un provecho económico distinto de aquél que necesariamente hubiera obtenido a partir del nacimiento de una relación laboral aislada con los residentes ilegales, ya que este último se encuentra abarcado por disposición administrativa. Deberá entonces comprobarse en cada caso que la proyección de lucro del agente prevea como principal herramienta el aprovechamiento de la permanencia irregular del inmigrante en el país. De no ser así, la pieza legislativa perdería su sentido sistemático, al prever distintas sanciones –multa y prisión– para un mismo proceder.

Además de la ultraintención a la que se hizo referencia anteriormente, es preciso señalar que la figura analizada recoge en su faz subjetiva los comportamientos desarrollados con dolo directo, en los que el autor conoce cabalmente la condición ilegal del inmigrante y las implicancias de su propio proceder con respecto a la permanencia de

aquí en el país.

V) Situación procesal de K. M. S.

A través de la prueba producida en el expediente, es posible tener por acreditado que en el domicilio ubicado en la calle Gregorio de Laferrere 3734/6 de esta ciudad funcionó un taller textil en el que se encontraron empleadas cuanto menos 12 (doce) personas extranjeras, tres de las cuales no habían regularizado su situación migratoria al día 10 de julio de 2008, fecha en la cual la División Robos y Hurtos de la PFA efectuó el registro del lugar por orden del instructor. Ellas resultaron ser las ciudadanas bolivianas G. C. F., V. O. A. M. y M. d. R. S. F..

Respaldan tal afirmación las circunstancias que se desprenden de las actuaciones labradas por los agentes policiales intervinientes, entre las que se encuentran las declaraciones testimoniales prestadas por los trabajadores, como también las averiguaciones y constataciones practicadas por la Dirección General de Protección del Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Dirección Nacional de Migraciones (ver fs. 18/38, 61 y 67/76).

Sentada aquella circunstancia objetiva, que incluso no ha sido cuestionada por la defensa, también debe señalarse que a esta altura de la encuesta se cuenta con elementos de juicio suficientes como para concluir que el aquí imputado era la persona que se encontraba a cargo de las actividades desarrolladas en el referido local.

El rol que el a quo le atribuye al causante en el pronunciamiento impugnado fue constatado por los agentes policiales al momento de apersonarse en el lugar y confirmado también en sus respectivas declaraciones testimoniales por F. C. W., A. C. C., G. C. F., J. C. V., V. O. A. M., M. A. M., A. P. C., J. D. C. C., M. d. R. S. F. y V. V.. Todas estas personas, trabajadores que se desempeñaban en el taller textil, dieron a conocer los rasgos físicos salientes del individuo que los había empleado, coincidiendo ellos con los pertenecientes al causante (ver fs. 1/4 y 18/38).

Debe mencionarse, por otra parte, que el propio imputado reconoció al momento de prestar declaración indagatoria haber sido la persona que se encargaba de recibir a los trabajadores y requerirles su documentación, a partir de lo cual pierde sentido lo expuesto por él en el memorial de fs. 21/4, con la intención de negar la condición de empleador que se le endilga.

Las probanzas arrojadas al sumario demuestran, además, que el causante tuvo pleno conocimiento de la situación migratoria irregular de las tres extranjeras bolivianas a las que ocupó en su taller textil.

En tal sentido, si bien K. M. S. indicó en su descargo que las personas indocumentadas que trabajaban en su negocio le habían exhibido antes de integrarse a las actividades las constancias que

acreditaban el inicio de los trámites inherentes a la residencia precaria, no ha sido incorporado al sumario elemento probatorio alguno que respalde tal afirmación.

Cabe reparar además en los resultados que arrojó el registro del taller textil, principalmente porque no se ha secuestrado ningún tipo de documentación vinculada con trámites migratorios, lo que permite suponer razonablemente que no era una práctica habitual de K. M. S. requerir ese tipo de documental –siquiera en fotocopias– a las personas que pretendían trabajar en su local, al contrario de lo afirmado por él mismo en la oportunidad contemplada en el art. 294 CPPN.

Amén de lo expuesto, lo cierto es que las excusas ensayadas por el implicado con el objetivo de demostrar que ignoraba la situación migratoria irregular de las ciudadanas bolivianas no hacen más que reforzar la hipótesis contraria, habida cuenta que la propia versión defensiva deja entrever que al momento de otorgarles empleo el autor supo cabalmente que eran residentes ilegales.

Ahora bien, ha quedado prima facie comprobado que el imputado K. M. S. empleó en su taller textil de manera informal a tres ciudadanas bolivianas que no habían regularizado su situación migratoria, con plena conciencia de esa circunstancia irregular. Además, existe lugar para la presunción de que tal accionar habría redundado en un beneficio económico, al verse incrementada la productividad del

negocio.

Sin embargo, a partir de la interpretación normativa propuesta en el apartado IV) II, puede concluirse que el comportamiento descrito no excede el marco de proyección de la disposición administrativa incluida en el párrafo segundo del art. 55 de la Ley 25.871.

En efecto, en el sub lite no existe elemento objetivo alguno que permita llegar a la conclusión de que el imputado ha encarado como política general de empresa el aprovechamiento diagramado y oportunista de la estancia irregular de trabajadores extranjeros en el país.

Es importante resaltar en ese sentido que al analizarse el testimonio vertido en sede policial por los trabajadores del taller textil, se observa que todos ellos tomaron conocimiento de la existencia del negocio a través de distintas vías, sin existir indicios de que hayan sido reclutados en el marco de un procedimiento ilegal y diagramado de captación que posea las características descriptas oportunamente.

Tampoco ha podido determinarse en la presente investigación que K. M. S. realizara actos concretos tendientes a asegurar la permanencia ilegal de las ciudadanas bolivianas. Por el contrario, lo actuado demuestra que en ningún momento existió un especial interés de su parte por la situación migratoria de sus empleados, extremo que se

ve reflejado no sólo en el hecho de no haberles requerido como condición de ingreso documentación alguna vinculada con los trámites respectivos ante la Dirección Nacional de Migraciones, sino también en la circunstancia de no haber establecido requisitos de contratación relativos a la nacionalidad o regularidad migratoria (ver sobre el punto lo declarado por los trabajadores en sus respectivas declaraciones testimoniales).

Sobre el punto, viene al caso subrayar que la mencionada repartición estatal informó que la mayoría de los extranjeros que se encontraban trabajando en el taller textil (a excepción de las tres mujeres indicadas) residían regularmente en este territorio. Dicha circunstancia indica que la clandestinidad no constituía el factor que determinaba su aceptación como trabajadores, de lo que se deduce lógicamente que la intención de K. M. S. como empleador no fue valerse del estatus migratorio de las tres ciudadanas bolivianas para conseguir un rédito económico.

En esta misma inteligencia, cabe señalar que las ventajas que el a quo catalogó como relevantes al momento de presumir que el imputado había perseguido con su accionar la obtención de un beneficio en los términos del tipo penal (evasión del pago de los aportes relativos a la seguridad social –jubilación y obra social– y de los seguros estipulados para el rubro comercial pertinente) no fueron otras que

aquellas inherentes a cualquier vínculo de trabajo no registrado legalmente o “en negro”. Tal es así que K. M. S. accedió al mismo beneficio a través de la ocupación del resto de los ciudadanos extranjeros que fueron hallados en su taller textil y que se encontraban residiendo en el país de manera regular.

En suma, una valoración de las consideraciones volcadas hasta aquí conduce a este Tribunal a concluir que el accionar reprochado al causante no encuadra en los requerimientos objetivos y subjetivos del tipo penal analizado, correspondiendo su desvinculación del proceso con el dictado de su sobreseimiento en los términos del art. 336, inc. 3°, del CPPN.

Por todo lo expuesto, este Tribunal resuelve:

REVOCAR el pronunciamiento puesto en crisis, en cuanto dispone el procesamiento sin prisión preventiva de K. M. S., de las demás condiciones obrantes en autos, en orden al hecho calificado provisoriamente por el a quo como constitutivo del delito de facilitación de la permanencia ilegal de extranjeros en el territorio argentino (art. 117 de la Ley 25.871) y DECRETAR su SOBRESEIMIENTO, declarando que el presente proceso no afectó el buen nombre y honor del que hubiere gozado el imputado (art. 336, inc. 3° y último párrafo, del CPPN).

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal General y devuélvase a la instancia anterior, donde deberán practicarse las

notificaciones que correspondan.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

Dr. Eduardo R. Freiler

Dr. Jorge L. Balletero Eduardo G. Farah

Ante mi: Sebastián N. Casanello

Secretario Federal