REGISTRO N° 2249/20.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de noviembre de dos mil veinte, se reúne de manera remota la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky, como Presidente y los doctores Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos, como Vocales, de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 de la C.S.J.N. y 15/20 de la C.F.C.P., para decidir acerca del recurso de casación interpuesto en la causa **CPE 573/2019/TO1/15/2/CFC3,** caratulada **"NECHIFOR, Raluca Smaranda s/recurso de casación"**, de la que **RESULTA**:

El juez de ejecución de la pena del Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2 de la Ciudad de Buenos Aires, con fecha 17 de septiembre de 2020, resolvió: "***I. NO HACER*** *lugar a la expulsión anticipada solicitada por el letrado defensor* ***Dr. Luis Antonio SASSO****, en favor de la condenada* ***Raluca Smaranda NECHIFOR****. Sin costas".*

Contra dicha decisión, la defensa particular de Raluca Smaranda Nechifor dedujo recurso de casación, el que fue concedido por el *a quo* con fecha 28 de septiembre de 2020.

La defensa alegó arbitrariedad de sentencia por fundamentación aparente toda vez que, a su entender, se dictó prescindiendo de los contundentes elementos de juicio que indican una solución contraria a la adoptada. Ello por cuanto desatendió la manda clara y específica del tribunal Superior y porque ignoró e hizo un análisis parcial de los informes recabados por la Defensoría de Menores, distorsionando su contenido y al mismo tiempo desconoció las contundentes conclusiones a las que arribara, tanto dicho organismo como la asistente social, así como lo dictaminado por el Fiscal.

El impugnante sostuvo que el juez a cargo de la ejecución de la pena soslayó los antecedentes que avalan la expulsión inmediata de Nechifor y resaltó

que *“ha rozado el alzamiento contra el fallo del Superior, al permitirse incluso ´discrepar´ en cuanto a las consignas que le han sido impuestas para resolver adecuadamente la cuestión; al negar por ejemplo el principio de la ´triple vulnerabilidad´* (…)*, o al desconocer la condición de irremplazable de la figura materna…”.*

Solicitó que se anule la decisión cuestionada y que esta Cámara Federal de Casación Penal, sin reenvío, disponga el extrañamiento en forma inmediata de Raluca Smaranda Nechifor a su país de origen.

Hizo reserva del caso federal.

En la etapa prevista en el artículo 465 *bis*, en función de los artículos 454 y 455 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 26.374), la defensa particular de Raluca Smaranda Nechifor; el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Mario A. Villar y el Coordinador de la Unidad Funcional de Menores de 16 años, doctor Marcelo Carlos Helfrich, presentaron breves notas.

En dicha oportunidad la defensa reiteró los agravios expuestos en su recurso de casación y solicitó se resuelva la cuestión directamente, sin reenvío, ordenando el extrañamiento de Raluca Smaranda Nechifor.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, doctor Mario A. Villar, esgrimió las razones por las cuales consideró que el recurso de casación deducido debía ser rechazado.

El coordinador de la Unidad Funcional de Menores de 16 años, doctor Marcelo Carlos Helfrich, se pronunció a favor de la expulsión de la Sra. Raluca Smaranda Nechifor con el objeto de salvaguardar el interés superior de su hijo A.V.S.

Superada dicha etapa procesal y efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y

Gustavo M. Hornos.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Vuelve a estudio de esta Sala IV el presente incidente a raíz de un nuevo recurso de casación interpuesto por el defensor particular de Raluca Smaranda Nechifor, contra la decisión adoptada por el señor juez a cargo de la ejecución de la pena del Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2 de la ciudad de Buenos Aires, en cuanto denegó la solicitud de expulsión anticipada articulada por esa parte.

Cabe recordar que en la anterior intervención esta Sala IV de la C.F.C.P. con fecha 28 de agosto de 2020 por mayoría conformada por mis distinguidos colegas, anuló la decisión que ahora vuelve a adoptar el *a quo* y remitió las actuaciones al tribunal para su debida sustanciación (cfr. causa CPE 573/2019/TO1/15/1/CFC2 “Nechifor, Raluca Smaranda s/recurso de casación”, reg. 1560/20 rta. 28/08/20).

En aquella oportunidad, de conformidad con lo sostenido por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, consideré que correspondía rechazar el recurso interpuesto por la defensa toda vez que no se advertía, ni esa parte había logrado demostrar, los defectos de fundamentación del pronunciamiento recurrido que alegaba para descalificarlo como acto jurisdiccional válido.

Ahora bien, en esta ocasión, el tribunal *a quo* dispuso correr traslado a la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, a cargo del doctor Marcelo Carlos Helfrich, quien en representación de A.V.S. de 13 años, hijo de la condenada Nechifor, manifestó que la expulsión anticipada de su madre resultaba ser la salida más humanitaria, garantizando así el vínculo materno filial. En consecuencia, se pronunció a favor de la expulsión de la nombrada con el objeto de salvaguardar el interés superior del niño y ponderó que el paso del tiempo iba en detrimento de la satisfacción plena de

sus derechos.

Asimismo, conforme surge de la resolución recurrida, se le dio intervención a la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, a cargo de la Dra. Guillermina García Padin, quien dictaminó que debía hacerse lugar a la expulsión anticipada de Raluca Smaranda Nechifor *"ante la situación de triple vulnerabilidad de la causante por su condición de mujer, extranjera y detenida en un establecimiento penitenciario, y por las características particulares que presentaba el caso, de acuerdo con la prueba colectada".* Ello, *"con el fin de facilitar la revinculación de la condenada con su hijo, garantizando con ello su derecho al ejercicio de las funciones maternas de crianza, cuidado y protección de su hijo".*

Corrida la vista a la defensa de Nechifor, manifestó estar de acuerdo con el fallo del Superior Jerárquico y con los dictámenes de la Fiscalía de Ejecución y la Asesoría de Menores. Solicitó, en forma urgente, el inmediato extrañamiento de su asistida.

En ocasión de resolver, el juez a cargo de la ejecución de la pena denegó la solicitud de expulsión anticipada articulada por Raluca Smaranda Nechifor.

El magistrado recordó que la nombrada no cumplía con el requisito temporal para la procedencia de la expulsión. Refirió que la defensa tampoco había logrado demostrar mediante la documentación que había aportado alguna causal que justificase hacer excepción a dicho presupuesto legal.

Con respecto al hijo menor -A.V.S.- y a la situación del desamparo en la que podría quedar sumido, sostuvo que *"la propia Convención* [de los Derechos del Niño] *consagra la razonabilidad de una separación de uno de los padres respecto al niño cuando ello obedece a medidas adoptadas por los Estados como detención, encarcelamiento o exilio entre otras* (…) *En tales casos, es deber del Estado proceder, como norma y a pedido de parte, brindar la respectiva información* (…) *Debo remarcar este aspecto*

pues, objetivamente, la propia Convención establece excepciones al principio general".

En esa línea de análisis el magistrado ponderó las constancias obrantes en autos y el informe presentado por la Licenciada Gabriela Raymundo -integrante del equipo interdisciplinario que colabora con las Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados Nacionales de Menores, Tribunales Orales de Menores y con las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal- del que surge que "*Raluca NECHIFOR a los 23 años contrajo matrimonio con un hombre de apellido Sion, naciendo como producto de esta unión su único hijo* [A.V.S.] *el 26/04/2007, y si bien después de un año la pareja se divorció, su madre se constituyó en la única referente de la crianza de su hijo. Ocho años después formó una nueva pareja con Romano Ekenadiano, quien se integró al grupo familiar conviviente. No obstante ello, en este contexto, y en el marco de lo que se presentó como un viaje de turismo a la Argentina, quedó su hijo adolescente al cuidado de su abuela materna, quien se había instalado en la vivienda de Nechifor".*

El juez de ejecución mencionó que, según el propio relato de Nechifor *"en el caso cuenta con la ayuda de su hermano, que* (…) *tiene a su cargo el cuidado del padre de ambos.* En cuanto al cuadro de depresión que habría sufrido su hijo, valoró que *"de acuerdo a los certificados médicos que fueran oportunamente aportados, debe remarcarse que ingresó y egresó del centro psiquiátrico con el acompañamiento de su tío materno*".

El juez también descartó toda situación de vulnerabilidad respecto a Nechifor. En este sentido refirió que *"…en cuanto a su actividad laboral surge que se desempeñó inicialmente como oficial bancaria, y luego en tareas de marketing, trabajo que desempeñaba al momento de su detención. Además, en el marco de audiencias por videoconferencias mantenidas con la*

detenida, la misma refirió ser abogada”.

Con relación al Covid-19, el *a quo* indicó que el servicio penitenciario se encuentra brindando adecuada respuesta para la prevención de contagio del virus a toda la población penal, formulando protocolos de actuación ante casos sospechosos y ponderó que Nechifor no integra la población de riesgo.

Por lo expuesto, rechazó la expulsión anticipada solicitada por la defensa técnica de Raluca Smaranda Nechifor.

Examinados los agravios del recurrente a la luz de un análisis integral de las constancias incorporadas al presente legajo, no se advierte ni la defensa ha logrado demostrar los defectos de fundamentación del pronunciamiento recurrido que alega para descalificarlo como acto jurisdiccional válido.

En efecto, la recurrente no trajo nuevos argumentos que permitan apartarme del criterio que recientemente sostuve respecto de este mismo caso, por lo que habré de remitirme en lo pertinente y aplicable, a los fundamentos expuestos en el punto II. de mi voto (cfr. causa CPE 573/2019/TO1/15/1/CFC2 “Nechifor, Raluca Smaranda s/recurso de casación”, reg. 1560/20 rta. 28/08/20).

En este sentido, en la decisión cuestionada el juez de la instancia previa descartó fundadamente que en el caso concurran razones excepcionales que permitan apartarse del requisito temporal exigido por el art. 64 inc. “a” de la ley 25.871.

Cabe recordar que la nombrada fue condenada el 8 de mayo de 2020 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2 de la ciudad de Buenos Aires a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, como coautora del delito de contrabando, agravado por tratarse de estupefacientes que por su cantidad estaban inequívocamente destinados a su comercialización, en grado de tentativa (art. 863, 866 segundo párrafo, 871 y 872, 876 inc. “d”, “E”, “f”, y “h” del Código Aduanero y art. 12, 29 y 45

del C.P.)-decisión que según surge del legajo se encontraría firme-, sobre la base de los hechos descriptos del siguiente modo: *"a) el 25 de abril de 2019 Gabriel PARPALE y NECHIFOR concurrieron al aeropuerto internacional de Ezeiza b) Raluca Smaranda NECHIFOR, completó los trámites para abordar del vuelo IB2602 de la empresa 'Level', con destino a la ciudad de Barcelona, Reino de España, despachando la valija tipo 'carry on' semi rígida color rojo marca ELLHAMMER, identificada con marbete IB 147809. c) Sometido al control de rutina de equipaje, el personal de la Sección Controles Especiales de la División Control Operativo Metropolitano del Departamento Coordinación Operativa de la DGA, procedió a la apertura del equipaje despachado por NECHIFOR, encontrando entre sus pertenencias cinco ampollas en un sobre metálico color gris y en un sobre aluminizado termo sellado con la inscripción ISSUE PROFESSIONAL COLOR ACLARO HIDRATO, los cuales arrojaban un peso aproximado de 21 gramos y 475 gramos, respectivamente* … [de cocaína]".

Asimismo, conforme surge de la resolución recurrida, la pena vencería el 24 de octubre del año 2023 y el requisito temporal para la procedencia del extrañamiento exigido por el art. 64 inc. "a" de la ley 25.871 se encontraría cumplido el día 24 de julio del año 2021.

En este punto, entonces, el rechazo por parte del tribunal *a quo* de la solicitud articulada por la defensa debe entenderse fundado en el cumplimiento efectivo de las normas citadas -cuya aplicación al caso no ha sido objetada tampoco en esta nueva oportunidad por la parte recurrente- y en el concreto interés del Estado Argentino en asegurar la ejecución de la mitad de la pena de Raluca Smaranda Nechifor; ello en amparo de los principios de legalidad e igualdad ante la ley (cfr., en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., Sala IV, voto del suscripto, causa FSA 72003645/2018/TO1/1/CFC1, caratulada "MONTES

ARANATA, Virginia s/ recurso de casación", Reg. Nro. 2297/19.4, rta. el 13/11/2019, y causa CPE 1408/2017/TO2/3/1/CFC3, caratulada "BAZOER, Diomarys s/ recurso de casación", Reg. Nro. 84/20.4, rta. el 18/02/2020, resoluciones que no han sido impugnadas por las partes).

Por otra parte, y con respecto al dictamen efectuado por la asesora de menores, Licenciada Gabriela Raymundo, el tribunal *a quo* refirió que el adolescente [A.V.S.] no se encuentra desamparado, ya que convive con su abuela, cuenta con su tío materno y con el marido de su madre como apoyos y sostenes de vida.

Por último, no debe soslayarse que, en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia ante esta instancia, el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Mario A. Villar, peticionó que se rechace el planteo deducido por la defensa.

En esta inteligencia, el Fiscal General ante esta instancia expresó *que "..en el supuesto de autos no existen razones válidas para apartarse del requisito temporal estipulado en art. 64 inc. a de la ley 25.871 y la posición contraria implica arrogarse indebidamente funciones legisferantes".*

Con respecto a lo alegado por la parte en cuanto a que el cumplimiento efectivo de la pena impediría el reencuentro de Nechifor con su hijo A.V.S., el señor Fiscal destacó que *"…hasta el momento la defensa no ha logrado demostrar que el cumplimiento de la pena en un país extranjero imponga al menor un sufrimiento que vaya más allá del que impone el mismo conflicto abordado por el sistema penal".*

Además, agregó que *"no se han introducido nuevos elementos de prueba que permitan apartarse de lo dispuesto por esta representación del Ministerio Público Fiscal con fecha del 21 de agosto del corriente, mediante el dictamen 469/20".*

Por ello, sin que la parte haya logrado rebatir la motivación brindada en el temperamento

cuestionado, considero que corresponde: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Raluca Smaranda Nechifor, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.); II. ENCOMENDAR al tribunal *a quo* que disponga a la Unidad Carcelaria donde Raluca Smaranda Nechifor se encuentra detenida, que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta C.F.C.P. y la "Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F.” (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

El señor juez Javier Carbajo dijo:

I. El recurso interpuesto por la defensa de Raluca Smaranda Nechifor es formalmente admisible en virtud de lo prescripto por el artículo 491 del Código Procesal Penal de la Nación y de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal” (R. 230. XXXIV del 9 de marzo de 2004).

La defensa ha alegado fundadamente la existencia de una cuestión federal, en los términos del supuesto de arbitrariedad de sentencia y la afectación de principios de raigambre constitucional y convencional.

Por otra parte, la impugnación ha sido deducida en término (art. 463 del C.P.P.N.) por quien tiene legitimación para recurrir (art. 459 del C.P.P.N.), invocando ambos motivos previstos en el artículo 456 del C.P.P.N.

II. Invalidada una sentencia por falta de fundamentación no se sigue de ello que el nuevo pronunciamiento deba llegar a distinta conclusión, sino que lo que se impone es que la decisión sea sostenida por una argumentación exenta de arbitrariedad.

Y si bien en el fallo ahora en examen se ha

dado respuesta a varios de los planteos de las partes que antes se habían soslayado y se ha oído al Asesor de Menores, estimo que aun persiste la omisión en considerar otras cuestiones que, por su entidad, podrían resultar decisivas para resolver el pleito no controvertido en la instancia, como se señaló en el Reg. 1560/20.

Esencialmente me refiero a la necesidad de efectuar un análisis global que armonice las normas aplicables al asunto, con especial consideración de la situación del niño afectado y de la propia imputada en su calidad de madre de un menor y en su condición de mujer extranjera detenida, sobre todo ante la evidencia de la compleja situación familiar y de contexto, bien referida por las partes y por la Licenciada Gabriela Raymundo, integrante del equipo interdisciplinario que colabora con las Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados Nacionales de Menores, Tribunales Orales de Menores y con las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal (cfr., al respecto, su informe del 2/9/20 en el que transcribe el siguiente diálogo reciente mantenido con la condenada desde la cárcel: *"... hablo por teléfono con él* [su hijo] *… no quiere hablar … no entiende cómo no voy .., no me cree nada más … cuando la abuela se fue al hospital se sintió abandonado … se agravó su cuadro … se quiere quitar la vida … ya no habla"*).

Tanto la defensa, como el Ministerio Público Fiscal interviniente en la etapa de ejecución de la pena y el organismo estatal que asiste al niño (Luis Antonio Sasso como abogado defensor de Nechifor, Guillermina García Padín a cargo de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal y Marcelo Carlos Helfrich en representación del menor, respectivamente) han concertado sus opiniones en cuanto a que, a modo de excepción y atento a sus particularidades, procedería la expulsión anticipada de la condenada a su país de origen, siendo ellos quienes le han solicitado al juez

un pronunciamiento que tenga como norte razones humanitarias basadas en el acatamiento de la normativa constitucional y convencional vigente, reconocidas por Tratados internacionales que se encuentran por encima de los preceptos legales internos que regulan esta figura.

Cierto es que los extremos mencionados en mi anterior intervención del 28/8/2020 han sido repasados en detalle en la nueva decisión de instancia, sin embargo observo que los aspectos centrales allí expuestos han sido rememorados de manera acrítica, sin considerar ninguna de la cuestiones que constituían el núcleo de los planteos de las partes, cuyo abordaje aparece ahora también omitido, arribando así a una conclusión meramente formal que no alcanza para brindar certeza sobre la correcta solución del pleito.

Me refiero específicamente a la reclamada interrelación estrecha -y, a la vez, con una mirada extendida a nivel global- de las disposiciones y mandas aplicables al tema debatido, la que ha sido soslayada en el pronunciamiento puesto en crisis toda vez que, en las circunstancias del caso, se volvió a decidir sin sopesar en forma conjunta aquellos extremos en correspondencia con los principios y directrices emanados de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que a ella se han incorporado (art. 75 inc. 22 CN, Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes -Reglas de Bangkok-, entre otras).

Ello en tanto y en cuanto era necesario trazar un vínculo preciso que ligara la especial situación del niño afectado (considerandos 17 y 23 del fallo), su estado de salud (considerando 25), el interés superior de éste de crecer con su familia (considerando 19), la enfermedad padecida por su cuidadora (Roidica Noidita, abuela de A.V.S., considerando 24), la distancia en la que se encuentra

su madre (más de 12.000 km) y la situación del resto de su familia que podía asistirlos (el hermano de Nechifor, que vive a 30 km de Iasi, Rumania, donde habitan el menor y su abuela, también debe cuidar a su padre, considerando 25); y, finalmente, frente a todo ello, que examinara si el uso extendido de la prisión de Nechifor, en tanto mujer extranjera sin ningún arraigo en Argentina y que, como tal, no tendría acceso a gozar de la detención domiciliaria o a contar con egresos anticipados en la modalidad que sea (a raíz de la aplicación de la ley local) con la finalidad de asistir a su hijo o sus progenitores enfermos, podrían acarrear, todos juntos y analizados conglobadamente, una situación que provoque vulnerabilidad; siendo insuficiente, en este aspecto, las razones brindadas en los considerandos 15 y 27/29 del decisorio cuestionado.

En los últimos, sólo se refiere la vivencia de Nechifor en los 27 días que permaneció en Buenos Aires con carácter previo a ser detenida -al haberse hallado entre sus pertenencias, antes de emprender un vuelo a España, dos sobres conteniendo 21 gramos y 475 gramos de sustancia estupefaciente-, como así también sus empleos previos y su nivel de instrucción, motivos que aparecen desconectados con el instituto solicitado a la sazón a modo de excepción.

Y todo ello sin perjuicio de que se tenga conocimiento de estas circunstancias a partir de los datos aportados por la defensa y por los dichos de la propia condenada, los que han sido sopesados restrictivamente en el fallo, quizás por no tener a una contraparte que pueda refutarlos y así hacer primar un verdadero contradictorio en el análisis de las pruebas para su posterior justipreciación, aún en la etapa de la ejecución judicial de la pena.

En suma, ante los concretos requerimientos de la defensa a los efectos de obtener, excepcionalmente y por esas razones, la pretendida expulsión anticipada, y teniendo en consideración lo dictaminado

por la representante del Ministerio Público Fiscal y la opinión de los organismos públicos intervinientes, resultaba necesario que mi colega de la instancia anterior precisara si, frente al rechazo de la petición por aplicación de la normativa nacional vigente, no se podría ver vulnerado el interés superior del niño, sobre todo al apreciar que, al momento de dar intervención al Defensor Público Oficial a cargo de la tutela del menor A.V.S., este manifestó que *"[de] las constancias obrantes en el incidente digital y tal como lo refiere la defensa particular de la Sra. Nechifor, surge que mi asistido fue ingresado a una clínica neuropsiquiátrica (Instituto de Siquiatría Socola* [en Iasi, Rumania*) el día 10 de febrero de 2020, bajo el diagnóstico "episodio depresivo. Trastorno emocional y del comportamiento. Situación parental atípica" (ver informe de fecha 25 de febrero de 2020 con su traducción, lo que indica un cuadro "depresivo moderado con elementos obsesivos fóbicos", con "sobreprotección familiar" y "dependencia de la realidad virtual", encontrándose actualmente bajo riguroso tratamiento, pese a su corta edad. Por su parte la abuela materna no se encuentra en condiciones de hacerse cargo en forma permanente del cuidado del niño ya que padecería un cáncer terminal"*.

Y ello, más allá de que habría sido el tío materno del niño el que lo había retirado del centro psiquiátrico por su cuadro de depresión (considerando 25) y de que la abuela y cuidadora del menor, quien fuera intervenida quirúrgicamente por laparoscopía el 17 de marzo pasado, ha tenido *"... no solo resolución, sino también evolución favorable"* de su operación y estado de salud (con diabetes, mal de parkinson y una anterior intervención por cáncer de mamas, según su hija).

Deviene necesario que al momento de adoptar cualquier decisión que pueda afectar ese interés superior se lleve a cabo un meticuloso análisis del

conjunto de las circunstancias invocadas por las partes y de la documentación por ellas adjuntada y no controvertidas en la instancia. Repárese que a pesar de oponerse al extrañamiento anticipado, el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Mario Villar, ha expresado en sus breves notas sustitutivas de la audiencia, que su *" …posicionamiento puede ser revertido en la medida en que, en una instancia posterior, se incorpore a la causa prueba objetiva y fehaciente que dé cuenta de una situación de desprotección infantil"* (el subrayado es del original), la que, en todo caso, debería ser también sometida al principio procesal de contradicción.

De otro lado y respecto a la situación de vulnerabilidad de Raluca Smaranda Nechifor por su condición de mujer extranjera privada de su libertad, solo cabe agregar a lo expuesto, ahora y antes en mi anterior intervención, que tal estado no se conforma, únicamente, por el historial vital, anterior y profesional, de la persona (aspectos sobre el que recae preponderantemente el análisis efectuado por el *a quo*) sino, sustancialmente, por sus circunstancias y la situación en la que actualmente se encuentra inmersa con relación a su hijo.

Por todo lo expuesto, leídas la presentaciones digitales de las partes con motivo de la audiencia fijada en esta fase de revisión, especialmente la recién referida del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara; teniendo en consideración que los aspectos relevantes que me llevaron a decidir de aquella manera en el Reg. 1560/20 se mantienen vigentes en la actualidad y habida cuenta de los fundamentos aquí brindados, procederé de similar manera, postulando al Acuerdo la acogida favorable del recurso de casación de la defensa y la consecuente anulación del decisorio por su aparente fundamentación -que equivale a su ausencia (art. 123 CPPN)-, reenviando las actuaciones al tribunal de procedencia para que, en uso de su

jurisdicción, por quien corresponda y con la previa intervención de las partes, las sustancie y resuelva con arreglo a derecho, sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor **juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Que coincido con las consideraciones expuestas por el doctor Javier Carbajo en su voto en cuanto a la omisión del tribunal “a quo” de analizar el caso a la luz de las disposiciones en forma conjunta de las previsiones constitucionales y de los Tratados Internacionales que a ella se han incorporado (art. 75 inc. 22 CN, Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes -Reglas de Bangkok-, entre otras).

Esto es la falta de análisis del caso concreto con perspectiva de género y teniendo en cuenta la primacía del Interés Superior del Niño.

II. En efecto, tal como sostuve al emitir mi voto en la anterior intervención la decisión traída a estudio debe ser analizada y valorada desde una mirada que se compromete con una persona que se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad respecto de las demás, debido a su condición de mujer detenida y extranjera (en este sentido ver en lo pertinente y aplicable: “Flores de Chachaqui, María Luisa s/recurso de casación”, reg. 1494/20, del 24/8/20, entre otras).

He sostenido desde mi rol de juez y desde la Presidencia del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles que las personas privadas de la libertad en un establecimiento carcelario se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad respecto de las personas que no lo están.

A su vez, me referí a la doble condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres privadas de su libertad y que esa condición se multiplica cuando se trata de mujeres que son madres y

extranjeras, tal como sucede en el caso de autos.

Y, es en este contexto donde corresponde dar un sentido amplio a los alcances de los derechos de la mujer privada de su libertad, atendiendo especialmente a los roles de género, en particular aquellos vinculados a las tareas reproductivas y de cuidado, a la violencia estructural y a las prácticas discriminatorias contra la mujer profundizadas en casos de poblaciones vulnerabilizadas; como son las mujeres recluidas, las mujeres migrantes, las mujeres jóvenes, también –como he sostenido- mujeres que fueron víctimas de violencia de género.

Para ello, es preciso tomar como herramienta los distintos Instrumentos Internacionales que conforman las bases para el abordaje de las problemáticas de las mujeres en prisión.

En particular, las “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” (Reglas de Bangkok, aprobadas por la Asamblea de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010), documento complementario de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas (Reglas de Mandela); como así también el Manual Regional de Buenas Prácticas: las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública, Documento de Trabajo nro. 36, AIDEF, 2015, que actualiza las reglas citadas.

En el caso particular, las reglas 26, 40, 57, 58 y la regla 53.1 que señala: *“Cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de* ***trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen****, en* ***particular si tienen hijos en él****, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello…”* (el destacado no está en el original).

A su vez, la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención De Belem Do Para), pone especial énfasis a la especial situación de vulnerabilidad de

las mujeres privadas de la libertad.

En esa línea, se enmarcan los y las beneficiarias de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad: las mujeres.

Según las Reglas podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la **migración** y el desplazamiento interno, la pobreza, **el género y la privación de libertad**.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 2 impone a los Estados firmantes la obligación de adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.

En ese contexto, se deberá establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación (cfr. art. 2 inciso c).

Resulta entonces imperioso abordar la problemática del presente caso a partir de los principios antes señalados porque poseen especificidades y autonomía normativa en la protección de sus derechos en el sistema universal y regional de Derechos Humanos.

Con este norte, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles emitió la Recomendación VI/2016 referida especialmente a cuestiones Género en contextos de encierro y a los Derechos de las mujeres privadas de la libertad.

Allí -entre otras cuestiones de similar relevancia-, se hace especial referencia al impacto diferenciado del encierro carcelario por razones de

género que alcanza a diversos aspectos de la vida en prisión, tales como la distancia de los penales de los lugares de origen de las detenidas y en los hijos/as que muchas veces quedan al cuidado de terceras personas y el contacto con el grupo familiar.

También debe tenerse presente que son las mujeres quienes casi exclusivamente se ocupan de la tarea del cuidado de sus familias y en muchos casos del sostén material de las mismas. En este sentido, la separación de sus familias, implica que la detención impacta directa y gravemente en la vida cotidiana de las mujeres detenidas y de sus familias.

En esa dirección, desde el Sistema también se destaca que el universo de mujeres encarceladas por delitos no violentos representa casi la totalidad del encarcelamiento femenino. Y que la mayoría de ellas están involucradas en el delito de infracción a la ley que reprime el tráfico de estupefacientes y un porcentaje sustancial son mujeres extranjeras.

Es que cuando una mujer es encarcelada, los vínculos familiares resultan fragilizados e incluso pueden ser definitivamente rotos. Distinta situación presenta los hombres, quienes a pesar de todas las dificultades poseen una mayor facilidad para su propia manutención y cuentan con el apoyo de figuras femeninas (madres y compañeras) que aseguran el contacto con las y los hijos.

En definitiva, el Sistema recomendó a los integrantes del Poder Judicial que al momento de adoptar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (nº 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64), y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de la libertad.

Por otra parte, conviene señalar que en un caso como el de autos cobran relevancia las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño

y la primacía por sobre cualquier otro conflicto de su Interés Superior. En el caso, el Interés Superior del hijo de 13 años de la condenada, quien se encontraría al cuidado de su abuela en Rumania.

No puede perderse de vista en el caso la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, la que ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959; y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos de los organismos especializados.

En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal…".*

La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador -instrumento adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- (firmado por la República Argentina el 17/11/1988 y ratificado el 30/6/03), manifiesta que *"... todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre…".*

Tal y como lo señala la Corte Interamericana

de Derechos Humanos *“... en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia ...”* (Corte IDH, OC-17-02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/8/2002).

En este sentido, y en aras de la tutela efectiva del niño, los Instrumentos Internacionales en materia de protección de derechos de los menores hacen especial hincapié en la importancia del núcleo familiar en cuanto a la materialización efectiva de los derechos de los niños.

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

Bajo estos lineamientos, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme en cuanto a que *“resulta claro que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños y, consecuentemente, que los niños tienen el derecho a crecer junto a sus padres”* (Sala IV, “ABREGÚ, Adriana Teresa s/recurso de casación” y “VIZCARRA, Mabel Gerónima s/recurso de casación”; causa n°6667, rta. el 29/08/06, reg. n°7749

y causa n° 6693, rta. el 21/09/06, reg. n°7858, respectivamente).

En el mismo orden, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de éstos requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos.

Ello implica la adopción de medidas de carácter económico, social y cultural, entre otras, y en igual medida, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño mediante el arbitrio de medios que promuevan la unidad familiar (Comité de Derechos Humanos, Comentario General 17, Derechos del Niño, 7/4/1989, CCPR/C/35, párr. 3 y 6).

Bajo estos parámetros, he considerado en numerosos precedentes que cuando se invoca “el Interés Superior del Niño” en los términos del artículo 3.1 de la CDN, resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los jueces de la información pertinente y suficiente para decidir.

En los párrafos precedentes se detallan las incumbencias para proteger los derechos de las mujeres privadas de la libertad en el ámbito internacional, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, 1994), aprobadas por el Estado Argentino por las leyes 23.179 y 24.632 obligan a los Estados a impulsar normas y políticas a fin de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

En el plano local, el 11 de marzo de 2009, se sancionó la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen

sus relaciones interpersonales.

III. Ahora bien, el reconocimiento de costos humanos de distinta índole que puede originar una política punitiva y el impacto desproporcionado que, en el caso de autos, puede causar sobre la mujer y su hijo menor de edad; conducen a la obligación de elaborar una decisión con enfoque de Derechos Humanos y de género que elimine o cuanto menos mitigue esas consecuencias negativas.

Por todo lo expuesto y teniendo principalmente en cuenta que la peticionante integra un colectivo especialmente vulnerable, en el sentido que las personas extranjeras enfrentan dificultades adicionales para recibir asistencia y contención; resulta necesario que en el caso de autos se lleve a cabo un análisis más profundo de todo lo referente a las relaciones familiares de Nechifor y las formas en que se sostiene el vínculo con su hijo.

A la luz de estas pautas, entiendo que la resolución recurrida no se ajusta a los estándares nacionales e internacionales referidos, tanto al Interés Superior del Niño, como a los derechos de las mujeres privadas de libertad y en esa dirección, corresponde hacer lugar al planteo formulado por el recurrente por lo que adhiero al voto del doctor Javier Carbajo.

Por todo lo expuesto, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** la decisión recurrida y **REENVIAR** las presentes actuaciones al tribunal de procedencia para que, en uso de su jurisdicción, por quien corresponda y con la previa intervención de las partes, las sustancie y resuelva con arreglo a derecho, sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante

pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos.
Ante mí: Marcos Fernandez Ocampo, Prosecretario de Cámara.