

REGISTRO N° 21.272

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 19 días del mes de junio del año dos mil trece, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la Dra. Ana María Figueroa como Presidenta, y los Dres. Raúl R. Madueño y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de dictar sentencia en la causa n° 15.793 del registro de esta Sala, caratulada: "██████████ ██████████ ██████████ ██████████ s/recurso de casación", de cuyas constancias RESULTA:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 resolvió, "**NO HACER LUGAR** a la expulsión en forma anticipada de ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ debiendo sujetarse la aplicación de la misma al cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos por el art. 64 de la ley 25.871" –cfr. fs. 10/11–.

Contra ese pronunciamiento, la Defensora Pública Oficial *ad hoc* Patricia García, interpuso recurso de casación a fojas 14/28, el que concedido a fojas 29/29vta. fue mantenido en esta instancia a fojas 37.

2°) Que la defensa sustentó la vía recursiva en el segundo supuesto previsto en el artículo 456 del código de rito.

En primer lugar, señaló que su defendida se encuentra detenida desde el 3/4/11 en el Centro Federal de Detención de Mujeres, Unidad 31 del SPF, en virtud de una pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1 a 4 años y 6 meses de prisión.

Agregó, que es de nacionalidad filipina y tiene un hijo de 2 años de edad que se encuentra al cuidado de su hermana, quien tiene padece una pobre situación económica y carece de la guarda legal del niño. Asimismo, que el padre del menor se encuentra desvinculado de ella y de su hijo, con anterioridad al nacimiento.

La defensa señaló, que no desconoce el hecho de que el

tiempo que lleva detenida [REDACTED] [REDACTED] es menor al requerido para solicitar la expulsión anticipada, -la fecha prevista para la expulsión es para el día 2 de julio de 2013-, pero que no debe existir diferencia entre la situación de los internos extranjeros y nacionales, ya que si el niño de dos años residiera en el país, surgiría la posibilidad de aplicar la normativa del artículo 32 de la ley 24.660.

Adunó que el interés superior del niño debe ser armonizado con el de la sociedad en su conjunto, interesada en que el castigo que resulta de la sentencia condenatoria de [REDACTED] sea aplicado como instrumento de reinserción social, lo cual, en definitiva, también redundará en beneficio del niño.

Manifestó que lo que el *a quo* no advirtió, fue el conflicto constitucional que presenta el caso, lo que acarrea la nulidad absoluta del pronunciamiento recurrido por no estar correctamente motivado en los términos del artículo 123 y 404 inc. 2º del CPPN.

Advirtió que, contrariamente a lo esgrimido por el tribunal, le corresponde a la administración penitenciaria recabar en cada caso de una mujer privada de su libertad la totalidad de los datos e información personal correspondientes a su hijo, ello así en virtud de lo expresamente establecido en la norma nro. 3 de 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-, y que en el caso de autos el tribunal debió constatar la presencia del menor, circunstancia que el tribunal no constató y que tal omisión no debe ser tomada en perjuicio de la condenada.

Por lo demás, agregó que también la resolución sería nula por no haberle dado intervención la defensa luego de la opinión desfavorable del Fiscal a su pretensión.

Que atento lo desarrollado, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se anule la resolución recurrida y se conceda la expulsión anticipada a [REDACTED]

Hizo expresa reserva del caso federal.

3°) Que durante el trámite previsto en el artículo 466 del CPPN, se presentó la Defensora Pública Oficial ante esta instancia, Mariana Grasso quien reeditó e hizo suyos los fundamentos del recurso de su antecesora.

4°) Que superada la instancia prevista por el art. 468 del CPPN, estas actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Dra. Ana María Figueroa, y Dres. Raúl R. Madueño y Luis María Cabral.

La señora jueza, **Dra. Ana María Figueroa** dijo:

-I-

Que la cuestión se circunscribe a determinar si en el particular caso de autos, en el cual la condenada ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ no cuenta con la totalidad de los requisitos exigidos por la norma para solicitar la expulsión anticipada a su país de origen –carece del requisito temporal–, pueda acceder a ella, en tanto según datos aportados por la defensa, la condenada tiene un hijo menor en Filipinas, al cuidado de su hermana quien su capacidad económica es nula y la que tampoco tiene la guarda legal del menor, a la vez que el padre del niño no tiene relación con el mismo con anterioridad a su nacimiento.

Todo ello, con invocación del interés superior del niño y de 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–.

-III-

Planteado como está el agravio, corresponde a los jueces en las cuestiones sometidas a su jurisdicción analizar y resolver de acuerdo a las constancias de autos, si rechazando el pedido efectuado por la defensa de ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ podríamos encontrar ante una violación a la Convención de los Derechos del Niño.

Que la resolución traída a estudio, resulta análoga a la resuelta en la Sala II de esta Cámara, en los autos nº 15.153

"Havrova, Irina s/recurso de casación", rta. el 11/12/12, bajo el registro nº 20.958 de dicha Sala.

En el precedente de cita señalé que, *"El compromiso del Estado Nacional surge al suscribir los tratados en materia de DH ante la comunidad internacional y por las normas de derecho interno –conforme los artículos 18, 75 inc. 22 y 24 CN–."*

La ley de Migraciones, nº 25.871, prevé en su artículo 64, que "Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de:

a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente;

b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el tribunal competente;

c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero.

Así, esta ley debe ser armonizada con las normas internacionales invocadas.

La CSJN en la causa 7537 "García Méndez, Emilio y otra" -02/12/2008- sostuvo que los jueces deben dictar *"... las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia"*, en consonancia con la OC 17 de la Corte IDH

donde analiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, sentando el principio que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho pleno, merecedores de la aplicación de las normas convencionales y acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja, vulnerabilidad y por tener necesidades específicas en razón de la edad.

Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos, fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto se destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985 o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990 o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990 o Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización

Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo que hace al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988 y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, el gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional "opinio iuris communis" favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia.

El principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En su preámbulo la Convención, reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de niños y que recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Allí también, reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: 1. En todas las medidas concernientes a los niños

que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El mismo principio se reitera en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Que en el art. 7 de la misma, se lee que el niño ... tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (el subrayado me pertenece), y en su punto 2., recalca que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando en niño resultara de otro modo apátrida.

En su artículo 8 dispone que, los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias tácitas.

En el considerando 61 de la OC 17 afirma que "... es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño". En el 64: "la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención". En el 95: "Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos

específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”.

En esta misma línea, las reglas de Bangkok, aprobadas el 21 de diciembre de 2010, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecen en la Regla 52, punto 1, que “Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente.

Asimismo, la Regla 53 (complemento del párrafo 38 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos), reza que 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.

No puede dejar de señalarse, que Dichas Reglas Mínimas (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –Ginebra, 1955–, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31-7-1957, y 2076 (LXII), 13-5-1977), por lo demás, regulan pormenorizadamente las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los detenidos. Y, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad (“Verbitsky”, cit., pág. 1187; asimismo: “Gallardo”, Fallos: 322:2735), -confrontar CSJN, M. 821.XLIII Mendez Daniel Roberto-.

-IV-

Que sentado el marco dogmático legal que rige el presente, y de una interpretación armónica de la normativa en pugna, considero que la solución que propondré se ajusta al compromiso asumido por el Estado Nacional al suscribir los

tratados en materia de DH ante la comunidad internacional y por las normas del derecho interno, conforme artículos 18, 75 inciso 22 y la ley 25.871.

Que de acuerdo a lo desarrollado en el punto II del presente voto, se desprenden los principios generales y rectores que deben utilizarse cuando se encuentran en debate los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, por lo cual constituye una obligación de todos los órganos del Estado – Ejecutivo, Legislativo y Judicial- adecuarse a su cumplimiento y en esa función entiendo que le asiste razón al recurrente en el planteo jurisdiccional acerca de la importancia de que se proceda con la expulsión anticipada de ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ a su país de origen, a fin de brindar los cuidados correspondientes a su hijo y evitar que el mismo sea institucionalizado y separado de la familia.

Por lo tanto, corresponde -previa constatación por parte del Tribunal Oral en lo Penal Económico nº 1 de los extremos invocados por la defensa, esto es la existencia del menor que se encontraría en situación de extrema vulnerabilidad - hacer lugar a la solicitud de expulsión solicitada por la defensa, sin costas, teniendo en cuenta la situación de sujeto de derecho pleno en términos convencionales, constitucionales y legales, la situación de especialidad, vulnerabilidad, necesidades específicas, atendiendo siempre al superior interés del niño.

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Raúl R. Madueño** dijo:

Que adhiere al voto de la doctora Ana María Figueroa y emite el suyo en igual sentido.

El señor juez **Luis María Cabral** dijo:

Decidida como ha quedado la causa, me limitaré a señalar que, en mi opinión, el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado. En efecto, en la presente incidencia no se ha producido prueba alguna para acreditar el vínculo familiar que la nombrada denunció. No habiéndose establecido dicha cuestión,

menos aún se lo ha hecho respecto del estado de vulnerabilidad o abandono, razón por la cual la solicitud, al menos en los términos en que ha sido efectuada no puede tener respuesta favorable. Lo dicho no obsta a que en el futuro se reedite el pedido, en cuyo caso resultará de consideración el plexo de instrumentos internacionales referidos en el voto que lidera el acuerdo, con cargo para la defensa de solicitar las medidas conducentes para acreditar la viabilidad de la excepción que solicita a la ley de migraciones. Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en el Acuerdo que antecede el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** la resolución recurrida, y **REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con la decisión aquí adoptada. **SIN COSTAS** (arts. 456 inc. 2º, 471, 530 y concordantes del CPPN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordada nº 15/13 CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Ana María Figueroa, Luis M. Cabral y Raúl Madueño.

Ante mí: Javier E. Reyna de Allende. Secretario de Cámara.

