FUNDAMENTOS

Durante los periodos legislativos de 2016 y 2018 presenté el Proyecto de Ley, expedientes 428 y 85 respectivamente, proponiendo incorporar a la Ley D n° 4109 como último párrafo del artículo 11, el siguiente agregado: **"Las niñas, niños o adolescentes no podrán ser demorados o detenidos por las fuerzas policiales bajo el pretexto de brindarles protección y/o averiguar sus antecedentes y medios de vida."**

Asimismo, en el año 2016, solicitamos al Ministerio de Seguridad y Justicia, que instruya a la Policía de Río Negro para que cese en las prácticas de demorar a niños y jóvenes menores de edad bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos delictivos, cumpliendo con lo ordenado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la correcta aplicación de la Ley D n° 4109 (Proyecto de Comunicación N° 180). Cabe aclarar que en el proyecto 85 compartí la autoría con la legisladora mandato cumplido Carina Isabel Pita.

Las mencionadas iniciativas surgieron al haber tomado conocimiento, en noviembre de 2015, que la Defensora de Menores e Incapaces, Dra. Patricia Alejandra Arias, interpuso una acción de Hábeas Corpus preventivo colectivo, en favor de todos los jóvenes menores de 18 años residentes en la ciudad de Viedma que habían sido detenidos por la Policía provincial.

Un poco de historia:

En la presentación, la Defensora argumenta que es una *"amenaza actual, real e inminente que recae sobre la libertad ambulatoria de sus representados, todas personas menores de edad, a quienes se demora, aprehende y detiene con motivos ilegales, arbitrarios e inconstitucionales"*. A su vez funda la pertinencia del habeas corpus en *"la documentación que acompaña, que a su entender constituye un muestrario de la práctica policial cuestionada, pues se encuentra amenazada la libertad del colectivo de jóvenes determinado, que puede reputarse ilegal o arbitraria y que, de manera inminente, puede afectar garantías constitucionales en caso de reiterarse operativos y/o conductas policiales"*.

Concretamente, la Defensora sostiene que, de diversos oficios y actas policiales, surge que varios jóvenes menores de 18 años de edad de Viedma *"han sido detenidos por la policía provincial en ocasión en que se encontraban transitando por las calles, siendo luego*

trasladados a dependencias policiales, oficina tutelar, ello bajo la facultad otorgada por el Art. 5 inc. a) de la Ley D N°4109." Manifiesta también que esta interpretación que se realiza por parte del personal policial rionegrino *"afecta la libertad de locomoción de los jóvenes, quienes se ven limitados a circular por determinados sectores de la ciudad, violando el principio constitucional de inocencia".*

A raíz de los planteos y definiciones, que entre otros, expresara en su momento la Defensora de Menores, el Vocal de la Cámara Criminal de Viedma, Dr. Jorge Bustamante resolvió: *"Hacer lugar a la acción incoada por la señora Defensora de Menores e Incapaces N° 2, Dra. Patricia Alejandra Arias, y cumpliendo con lo ordenado por la Convención sobre los Derechos del Niño, y la correcta aplicación de la ley D n° 4109, ordenar el cese de las prácticas policiales desarrolladas bajo el amparo del art. 5 inc. a) de la mencionada Ley, en cuanto consisten en demorar a niños y niñas bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos de naturaleza correccional o delictiva".*

El Subjefe de Policía de la Provincia de Río Negro contestó la presentación sosteniendo que, es de conocimiento público la participación de menores de edad en la consumación de delitos contra la propiedad y las personas, y que la Policía debe velar por la seguridad de los bienes y de las personas. Por lo tanto, justificó que las demoras producidas con los menores se encuentran vinculadas con dicha función. Sostuvo que de otro modo la detención de menores quedaría reducida para aquellos casos *"in fraganti delito"*, afirmando que, además, el ejercicio del poder de policía del Estado se enmarca dentro de sus políticas públicas quedando su control bajo el ámbito del Poder Ejecutivo.

La Defensora de Menores e Incapaces en Feria, en su contestación, hace notar que el Subjefe de Policía entiende que demorar jóvenes en comisaría en función de tareas de prevención policial, sin orden judicial, resulta un proceder correcto. En atención a ello solicita se haga lugar a la acción intentada.

El Juez, al analizar la política de seguridad utilizada a fin de demorar a los menores -Art. 5 de la Ley D N° 4109-. expresó que: *"...en aquellos casos en que entienda un policía que el niño necesita 'protección y socorro', se lo demora, se lo lleva a la Comisaría, se llama a sus progenitores y se lo entregan."* Frente a ello se formula el siguiente interrogante: *'¿Quién indica que ese niño se encuentra en dicho estado? ¿En qué se sustenta? Debe tenerse en cuenta que para internar a una persona por encontrarse en un estado que necesita algún tipo de protección del Estado, el*

Juez debe ordenar medidas de prueba y contar con dictámenes técnicos ya que de otra forma dicha internación podría constituirse, si bien no en una privación ilegal de la libertad, sí en un acto abusivo del Magistrado. Sin embargo la simple observación de un empleado policial podría justificar una demora, que es igual a una detención en la práctica, y llevar al niño a la Comisaría'". Y añade que *"… demorar-detener por lo que 'pudiera hacer' un niño, implica una grave violación de los derechos humanos amparados por nuestra Constitución Provincial."* Posteriormente afirma que del informe brindado por el Sr. Subjefe Policial surge la justificación de una política inconstitucional, represiva y violatoria de los derechos de los niños por parte de sus subordinados.

Asimismo, el Sr. Juez expresa: *"...en el artículo 5 inc. a) de la Ley D N° 4109 dictada por nuestra Legislatura Provincial, ajustando nuestra legislación a lo ordenado por la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (art. 75 inc. 22), es armoniosa con los preceptos de rango constitucional y debe ser aplicado en toda su extensión. Ante la ausencia de políticas sociales efectivas, y la realidad del desamparo de los niños, utilizar el brazo policial para 'proteger' a dichas personas de especial vulnerabilidad es una práctica que violenta el Estado de Derecho. Demorar para 'Proteger' es una falacia, el niño es llevado a una comisaría por empleados policiales ante la simple afirmación de que se encuentra en un 'estado de sospecha' (por ejemplo, andar por un lugar oscuro con ropa oscura), situación que se formaliza muchas veces en actas de contenido inverosímil."*

En representación de la Fiscalía de Estado de la Provincia los Dres. Julián Fernández Eguía y Sebastián Racca presentaron un recurso contra la sentencia dictada por la Cámara Criminal de Viedma. La Fiscalía sostuvo que el fallo resultaba erróneo, conteniendo una interpretación desacertada sobre el plexo legal con que la fuerza policial cuenta para realizar los procedimientos con menores, con directa interrelación con los demás operadores del sistema. Expresaron que la sentencia generaba un estado de incertidumbre respecto al alcance de las funciones de la policía en materia de preservación de la seguridad pública y la prevención del delito en torno a los menores de edad y las obligaciones emergentes del Art. 9 in fine de la Ley N° S 1965 (abrogada por la Ley n° 5184) y de la ley D n° 4109.

La Fiscalía entendía que el alcance del pronunciamiento de la Cámara era genérico y colocaba a los efectivos policiales en estado de pasividad. En ese sentido peticionó al Superior Tribunal de Justicia que, además de

revocar el fallo, despejara las dudas en cuanto a los alcances del accionar policial y agregaba que no advertía un cercenamiento de la libertad ambulatoria de los menores, ni detenciones que respondan a motivos ilegales, arbitrarios e inconstitucionales y menos aún llevados a cabo sin el debido control judicial.

El 24 de mayo de 2018, el Superior Tribunal de Justicia hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía de Estado en contra del hábeas corpus presentado por la defensora de Menores, Patricia Arias, por el cual el camarista Jorge Bustamante había ordenado el cese de la detención de menores por parte de efectivos policiales bajo el pretexto de brindarles protección.

Mediante su fallo, el STJ, con el voto rector de Ricardo Apcarián, al que adhirieron Sergio Barotto, Liliana Piccinini y Enrique Mansilla, con la disidencia de Adriana Zaratiegui, recordó que la Ley 4.109 de la provincia otorga a los órganos judiciales creados al efecto una nueva forma de intervenir y de dar respuesta a las situaciones de riesgo y abandono en las que pueda hallarse un niño, concibiéndose la violación de sus derechos como una vulneración de los derechos humanos.

En concreto, lo que el STJ resolvió fue que la Policía podía detener a niños o adolescentes menores de edad cuando considerara que están en situación de abandono, con la obligación de dar inmediata intervención a los organismos tutelares que correspondan y a sus progenitores o tutores.

Apcarián concluye que de la lectura de la presentación de la defensora Patricia Arias y de la sentencia de Bustamante, no se advierte corte alguno a la libertad ambulatoria de los menores que respondan a motivos ilegales, arbitrarios o inconstitucionales.

Mediante este fallo, el Superior Tribunal respaldó judicialmente el accionar policial respecto a la detención de menores. El análisis jurídico y legislativo que realizaron los jueces sobre la actuación de la policía está alejado de la realidad, ya que mayoritariamente las detenciones no se realizan porque los menores se encuentran en situación de abandono.

De acuerdo a las denuncias que realizan permanentemente los padres, algunos funcionarios públicos y judiciales, los organismos de derechos humanos y los mismos jóvenes de nuestra provincia, las fuerzas policiales realizan detenciones ilegales, discriminatorias y arbitrarias de niños

y jóvenes, por pertenecer a determinado barrio, por el color de la piel, la vestimenta o el aspecto físico.

Previo al fallo del STJ, la entonces Procuradora General de la Provincia, Dra. Silvia Baquero Lazcano, había emitido su dictamen a través del cual avaló lo resuelto por el Vocal de la Cámara Criminal de Viedma, Dr. Jorge Bustamante.

En este sentido es propicio recordar algunos de los argumentos esgrimidos por la ex Procuradora:

"No deben quedar dudas acerca de las facultades y funciones que en materia de seguridad resultan propias del Poder Ejecutivo Provincial, si bien las mismas deben desarrollarse en el marco legal establecido.

En el caso, ello debe conjugarse con la extensa normativa de rango constitucional, tratados internacionales con la misma jerarquía (art. 75 inc. 22), legislación nacional y provincial que delimitan el plus protectivo resultante del interés superior del niño.

En ese sentido la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 2 apartado 1 expresa: 'Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.'

En la parte pertinente del artículo 3°, apartado 1 se dispone: 'En todas las medidas concernientes a los niños que tomen...los tribunales… una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Seguidamente el Apartado 2 señala: 'Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...' y, finalmente, luce el compromiso de asegurar que las instituciones encargadas del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas especialmente en materia de seguridad entre otras.

Desde mi óptica las normas citadas deben interpretarse de forma integral, sin soslayarse el nuevo paradigma en materia de protección a la niñez y adolescencia desde todos los estamentos del Estado, siendo las fuerzas de seguridad y el poder judicial actores necesarios en la protección que debe ser proporcionada a este sector de la sociedad y, como sostiene el Sentenciante, las demoras de los niños no deben ser justificadas por condiciones fácticas, a

las que añado, cuestiones de clase social y/o apariencia física.

Entiendo propicio mencionar el artículo 45 de la Ley D N°4109 que expresa: 'Desjudicialización de la pobreza- Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas especiales de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas que deben brindar orientación, ayuda y apoyo económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niñas, niños y adolescentes'."

El 29 de marzo de este año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió respecto del *"Recurso de hecho deducido por la Defensora General Subrogante de la Provincia de Río Negro en la causa Arias, Patricia (Def. de Menores e Incapaces) s/ habeas corpus preventivo/ casación", para decidir sobre su procedencia* (CSJ 1586 / 2016 / RH1), resolviendo ***"hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo conforme a derecho."***

La CSJN *"comparte y hace suyos"* del Ministerio Público Fiscal de la Nación que sostiene, entre sus argumentos, los que a continuación cito textualmente:

"El recurso extraordinario se dirige contra la sentencia del superior tribunal de la causa que puso fin a la cuestión planteada y resolvió en contra del derecho que la apelante fundó en normas de carácter federal. En consecuencia, opino que la apelación ha sido mal denegada.

No obstante, la defensa planteó que la sentencia era arbitraria y ese aspecto debe .ser atendido con prioridad (Fallos: 338:1545; 339:508; 340:411).

En este sentido, estimo que la resolución apelada no satisface la exigencia de fundamentación, pues a mi modo de ver se sustenta en la afirmación dogmática de una solución jurídica, desprovista del debido examen razonado de las circunstancias del caso y de los términos en que se planteó la cuestión debatida en el proceso.

Por un lado, el voto mayoritario dedica una considerable atención a las normas que juzgó pertinentes para la solución del litigio; en ese orden, relata que los

niños, niñas y adolescentes cuentan con todos los derechos y garantías reconocidos al ser humano, más los derechos especiales derivados de su condición (ver fs. 64). Con especial atención al derecho que se denuncia vulnerado, el tribunal reconoce, conforme al artículo 19 de la ley 26.061, que los niños tienen derecho a la libertad personal, que no pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente, sino conforme a la normativa vigente, y que la privación de la libertad está definida en la ley como toda ubicación de un niño, niña o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propIa voluntad (fs. 64 vta.). Luego cita la ley provincial D n° 4109 sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes y afirma que según su texto "en ningún caso las medidas de protección que se adopten podrán consistir en privación de la libertad del niño" (fs. 65). Para finalizar, señala que el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia establece que en los casos en que el personal policial tome contacto en ejercicio de sus funciones con menores de edad "debe en forma inexcusable y de manera inmediata dar fehaciente aviso al organismo proteccional a los fines de resguardar los derechos de los mismos" (fs. 66).

Establecidas las normas a la manera de la premisa mayor del argumento, luego la sentencia afirma que la práctica policial que motivó la presentación de la acción de habeas corpus se encuentra amparada por el ordenamiento legal y representa uno de los variados modos de cumplir el deber del Estado de proteger al menor (fs. 66/vta.). Este último juicio representa la conclusión de un razonamiento que al menos ha sido expresado en forma incompleta, pues surge con toda claridad que para poder realizar esa inferencia es fundamental contar con una descripción circunstanciada de la práctica policial a la que se refiere el juzgador. Sin embargo, la sentencia apenas se refiere a esa necesaria premisa fáctica de una manera vaga e imprecisa y a lo largo del relato sólo se puede saber que la policía "demora" niños para "protegerlos" o los "traslada a una oficina tutelar" (ver fs. 64 vta.) y en esto consistiría "esa intervención de la autoridad policial" o ese "accionar policial" (fs. 66 vta./67).

A mi modo de ver, la resolución apelada no satisfizo la exigencia de estar debidamente fundamentada y atender en forma concreta a los argumentos de las partes. Acerca de este punto, cabe remarcar que la accionante fundó su reclamo en que "varios jóvenes menores de 18 años de la ciudad de Viedma han sido detenidos por la policía en ocasión en que se encontraban transitando por las calles (...) sin encontrarse en situación de flagrante delito ill con orden judicial previa" (fs. 3 vta.); sobre ese punto, la sentencia de primera instancia refiere una práctica de aprehender en la vía pública a los menores que se encuentren en una situación

riesgosa, según el juicio del policía que interviene y sin necesidad de respaldarlo con elementos objetivos (fs. 14/18); y el dictamen del Procurador General consigna que las prácticas policiales bajo el amparo del artículo 5, inciso a) de la ley D nO 4109 "consisten en demorar niños y niñas bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos de naturaleza correccional o delictiva", se dirigen contra "un sector de la población juvenil con acentuada marginalidad social" y rechaza la posibilidad de justificar las aprehensiones por "cuestiones de clase social y/o apariencia física" (fs. 49/vta, 51).

Dados los términos en que la cuestión estaba planteada, aprecio que el tratamiento que le deparó el a qua no es suficiente para constituir una respuesta fundada, es decir, la expresión de un razonamiento que sea una derivación razqnada del derecho vigente en relación con las circunstancias probadas de la causa (Fallos: 326:3180; 329:513; 1541).

El defecto señalado se agrava por ciertas ambigüedades del texto que amenazan la coherencia interna de la sentencia, como el párrafo en que el a qua dice tener presente que "todo el andamiaje convencional y constitucional (...) sea respetado por los distintos estamentos del Estado en pos de evitar detenciones o privaciones de la libertad de niñas, niños y adolescentes, sin que se encuentren 'in fraganti' en la comisión de una conducta ilícita" (ver fs. 67 vta/68). Se trata de un pasaje que parece guardar relación con las constancias de fojas 36/40 del expediente principal entre las que se encuentra un radiograma policial emitido por la jefatura de la Unidad Regional 1 ° de Viedma que ordena cesar los procedimientos realizados al amparo de los artículos 9, inciso k, de la ley 1965 y 5°, inciso a, de la ley 4109, por no ajustarse al marco legal (ver especialmente fs. 40). (Fallos: 316:1761; 324:1584; 331:2109).

En la medida en que ese párrafo y las constancias citadas abonarían la pretensión del recurrente finalmente rechazada por el tribunal, se impone la necesidad de una explicación que permita superar una falta de concordancia entre fundamentos y conclusiones que impide considerar al fallo como un acto jurisdiccional válido (Fallos: 303:2036).

En consecuencia, opino que V.E. debe declarar admisible la queja y dejar sin efecto la sentencia apelada."

Fuente:https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=773643&cache=1651497472955

Aunque la CSJN se haya expedido seis años después sobre la cuestión descripta, que hace a la preservación de los derechos, las libertades y las garantías de las personas en general y, en este caso, de niños, niñas y adolescentes, con todo lo que ello significa, no deja de tener relevancia la decisión de la Corte de invalidar el falló del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que había avalado, en 2016, la detención injustificada de adolescentes por parte de la Policía provincial.

En razón de los fundamentos expuestos y teniendo en cuenta que los casos de violencia policial, detenciones arbitrarias, abuso de autoridad e incluso muertes de personas dentro de las comisarías, considero necesario insistir con este Proyecto de Ley cuyo propósito es contribuir a una mejor seguridad ciudadana evitando este tipo de prácticas.

Por ello;

Autor: Héctor Marcelo Mango.

Legislatura de la Provincia
de Río Negro

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO

D E C L A R A

Artículo 1°.- Su beneplácito por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de declarar procedente el recurso extraordinario presentado por la Defensora General Subrogante de la Provincia de Río Negro en la causa Arias, Patricia (Def. de Menores e Incapaces) s/ habeas corpus preventivo/ casación (CSJ 1586 / 2016 / RH1), y por dejar sin efecto el pronunciamiento del fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que respaldó judicialmente la detención de menores por parte de la Policía provincial.

Artículo 2°.- De forma.