FUNDAMENTOS

En el mes de noviembre de 2015 se presentó la Defensora de Menores e Incapaces, Patricia Alejandra Arias, interponiendo acción de Hábeas Corpus preventivo colectivo, en favor de todos los jóvenes menores de 18 años que residen en la ciudad de Viedma.

En fecha 13 de noviembre de 2015 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° 4.109, 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".

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".

Indica Arias que "el personal policial que lleva a cabo dichos actos sustentan los mismos en la previsión legal de asegurar a los niños y adolescentes la prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia".

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, 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 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".

Seguidamente menciona el marco legal postulado por la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y el cambio de paradigma por el cual los niños se conciben como sujetos plenos de derechos, debiéndose atender a la situación especial en que se encuentren. En ese sentido continúa el desarrollo del articulado de la Convención citando intervenciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Subjefe de Policía de la Provincia de Río Negro contesta 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, justifica, que las demoras producidas con los menores se encuentran vinculadas con dicha función. Sostiene 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 Sr. Juez interviniente primeramente efectuó una reseña de los antecedentes y, coincidiendo con lo expresado en la vista confeccionada por la Sra. Defensora de Menores en feria señala: "Sin dudas, en la cuestión que nos ocupa se advierte que hay niños en situación de desamparo; en donde existe ausencia de su familia y la protección, y concurre el accionar negativo de los organismos -no represivos- del Estado. No se trata de los casos en que el niño sea sorprendido "inflagranti delito", o cuando su conducta se relacione con un hecho ilícito, de naturaleza contravencional o delictiva, ello no es materia de análisis en el presente."

El Juez analiza la política de seguridad utilizada a fin de demorar a los menores -Art. 5 de la Ley D N° 4109-. De ello extrae el Magistrado 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".

Señala que el mero hecho de encontrar a jóvenes deambulando por la vía pública no puede convertirse en una presunción para realizar una privación injustificada de la libertad ambulatoria de las personas, más aún cuando dicha práctica policial suele dirigirse a jóvenes pertenecientes a sectores marginales de la población. Seguidamente subraya la ausencia de asistencia tanto de la familia como del Estado.

Añade al respecto: "… 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.

Menciona la sentencia que la justificación del funcionario policial de la demora de los niños bajo las condiciones relatadas, es una conducta que se condice con épocas antidemocráticas y que en la actualidad ha surgido un Estado Constitucional de Derecho bajo nuevos paradigmas en materia de niñez, ello a partir de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales.

Volviendo a la norma local y a modo de conclusión 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. La Fiscalía de Estado sostiene que el fallo resulta 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.

Expresa que la sentencia genera 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 y de la Ley D N° 4109.

Entiende que el alcance del pronunciamiento es genérico colocando a los efectivos policiales en estado de pasividad. En ese sentido peticiona al Superior Tribunal de Justicia que, además de revocar el fallo, despeje dudas en cuanto a los alcances del accionar policial.

La Fiscalía de Estado afirma no advertir 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.

En el dictamen emitido recientemente por la Procuradora General de la Provincia, Dra. Silvia Baquero Lazcano, previamente a que el recurso sea resuelto por el Superior Tribunal de Justicia, se pueden destacar los siguientes párrafos:

"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 Art. 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 Art. 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."

Finalmente he de señalar a mayor abundamiento el error conceptual en el que incurre tanto la Policía como el representante de la Fiscalía de Estado al confundir reiteradamente lo que es la tarea de prevención y de seguridad, con lo que es la protección de los menores.

Lo ha dicho claramente el Juez del habeas corpus al señalar: "Tampoco se priva a la policía provincial de las funciones de prevención y seguridad, sino que sobre los niños en estado de abandono la Ley es la que ha determinado quien debe protegerlos", añadiendo tras citar al Sub Jefe policial: "… Es decir que pasamos de la protección a la prevención de la delincuencia juvenil; no se trata entonces del auxilio de un niño desprotegido, sino de que aquél se convierta en un posible delincuente" (fs. 53 vta. /54).

En efecto, no se discute las facultades de la Policía en materia de prevención y seguridad ellas se encuentran dispuestas en la Ley Orgánica de la Policía S N°1965.

Sin embargo, debe quedar en claro que tales preceptos que le permite al personal policial actuar en casos en que un menor sea sorprendido perpetrando un ilícito, no pueden llevar a una interpretación que derive en que el joven sea perseguido y hasta privado de su libertad en todo otro supuesto y, mucho menos, so pretexto que ello sea en aras de una hipotética "protección" del menor.

El pasado 24 de mayo 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.

El STJ resolvió que la Policía puede detener a niños o adolescentes menores de edad cuando considere 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.

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, el máximo cuerpo judicial 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.

El fallo afirma que el accionar policial "debe proteger al menor involucrado, cumpliendo con la finalidad de dar seguridad" y agrega que "la policía no ejerce

una función represiva, y precisamente en razón de ello, se prevé la inmediata participación al organismo proteccional".

Apcarian indica que "las prácticas policiales en la temática tienen carácter excepcional y sólo se justifica cuando las circunstancias pongan el peligro su integridad física o la de terceros".

Además 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.

El fallo del Superior Tribunal de Justicia respalda judicialmente el accionar policial respecto a la detención de menores. El análisis jurídico y legislativo que realizan 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.

Es una práctica policial extendida en toda la provincia de Rio Negro calificar como peligrosos y poner bajo sospecha permanente a los niños y jóvenes de las barriadas pobres. En algunas ciudades rionegrinas la policía traza "fronteras" que los menores no pueden atravesar, por lo tanto hay sectores urbanos por los que no pueden transitar y si se los detecta son detenidos o "echados" a sus barrios.

Esta situación fue planteada con precisión por la Defensora de Menores e Incapaces, Dra. Patricia Arias, cuando indicó 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. El personal policial que lleva a cabo dichos actos sustentan los mismos en la previsión legal de asegurar a los niños y adolescentes la prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia".

Asimismo el ex Vocal de la Cámara Criminal de Viedma, Dr. Jorge Bustamante fue claro al afirmar que "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."

Teniendo en cuenta que el origen de esta controversia judicial se origina porque la Policía utiliza el inciso a) del artículo 5° de la ley 4109 para detener a niños y jóvenes con la excusa de "protegerlos", es que consideramos necesario incorporar en la misma ley la prohibición expresa de demorar o detener a los menores bajo ese pretexto o el de la averiguación de antecedentes.

El párrafo que proponemos incorporar a la ley 4109, es para dejar claro que la intención de los legisladores al estipular en la norma que los niños y jóvenes tienen "Prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia", no fue con el propósito que los menores sean detenidos sino que contrariamente era para que tengan preferencia de la sociedad y del Estado en el respeto y goce de sus derechos.

Consideramos que si se aprueba la presente propuesta se pondrá fin a esta polémica judicial y fundamentalmente deberá frenar el accionar policial respecto a la práctica de encarcelar a los menores de edad.

Por ello:

Autor: Marcelo Mango.

Legislatura de la Provincia
de Río Negro

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO

SANCIONA CON FUERZA DE

L E Y

Artículo 1°.- Modifíquese la ley D n° 4109 incorporando como último párrafo del artículo 11, el siguiente: "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".

Artículo 2°.- De forma.