

Viedma, 13 de noviembre de 2.015.-

AUTOS Y VISTOS: los presentes autos N° 1VI-15108-P2015, caratulados: “DRA. ARIAS PATRICIA ALEJANDRA – DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES – S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO”, de los que Resulta y Considero:

I.- La señora Defensora de Menores e Incapaces N° 2, Dra. Patricia Alejandra Arias, interpone acción de Habeas Corpus preventivo colectivo, en favor de todos los jóvenes menores de 18 años que residen en la ciudad de Viedma, de conformidad al artículo 43 de la CN, artículo 43 de la Constitución Provincial y leyes N°s. B 3368 y 23098 (fs. 09/14).

Señala que la vía que intenta es la adecuada atento “la amenaza actual, real e inminente que recae sobre la libertad ambulatoria de mis representados, todas personas menores de edad, a quienes se demora, aprehende y detiene con motivos ilegales, arbitrarios e inconstitucionales. Si bien el personal policial que lleva a cabo dichos actos sustenta los mismos en la previsión legal que concede el art. 5 inc. a) de la Ley 4.109 de la Provincia, el cual señala que es deber del estado rionegrino asegurar a los niños y adolescentes la prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, es claro que el espíritu y objeto del mencionado texto normativo jamás resultará habilitante de conductas represivas y discriminatorias por parte del personal de seguridad.

La acción interpuesta para controvertir la privación de libertad que sufren los jóvenes es la adecuada, toda vez que en nuestro ordenamiento positivo es la vía prevista para, de modo rápido y sencillo, proteger la libertad física”.

Se refiere posteriormente al objeto de la acción constitucional que intenta, cita doctrina nacional, normas supremas nacionales e internacionales, para señalar que la vía intentada es la adecuada aludiendo a la Ley provincial que la regula y dice que ésta “al igual que su par contemplada en la ley nacional, debe articularse en conjunción con el principio regulador del interés superior del niño, consagrado por el art. 3 de la ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en el art. 10 de la ley 4109 y ser utilizada a la luz de los tratados internacionales (CIDN ratificada por ley 23.849; Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su art. 8°; Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre)”.

Luego alude a su legitimación activa para formular el planteo y que la protección se demanda para un “colectivo”, para un conjunto más o menos determinado de personas y aún más dificultoso es cuando esa afectación no es actual, porque en el supuesto que nos ocupa no hay alguna persona privada de su libertad arbitraria o ilegalmente y que por ello deba hacerse cesar. Señala que el cuestionamiento está direccionado a un supuesto eventual futuro relacionado a personas que puedan verse afectadas en sus libertades por un comportamiento similar de policías.

Cita el fallo “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde el Máximo Tribunal reconoció al CELS como legitimado para interponer un “habeas corpus correctivo colectivo”.

Señala que en este caso se trata de la situación de todos los jóvenes menores de dieciocho años de edad que se encuentran circulando o transitando por las calles de la ciudad de Viedma, señalando que encuadra la cuestión en el precedente jurisprudencial citado.

Continúa refiriéndose a la competencia del suscripto para entender en la acción, citando el art 2° de la Ley N° 3368.

Sobre los hechos en que funda la acción manifiesta la funcionaria judicial que “tal como surge del oficio N° 63 DS-OT del 27-01-2015, Informe N° 238 DS-OT del 30-03-2015, acta de procedimiento tutelar del 28-4-2015, oficio N° 324 DS-OT del 6 de mayo, oficio 16 DI-SER del 28-4-2015, acta de entrega de Menor de fecha 11-06-2015 todos de la oficina Tutelar de la Policía de la Provincia de Río Negro, varios jóvenes menores de 18 años de edad de la ciudad de Viedma han sido detenidos por la policía de la Provincia en ocasión en que se encontraban transitando por las calles, quienes han sido luego trasladados a dependencias policiales, oficina tutelar, ello bajo la facultad que supuestamente le otorgaría el art. 5 inc. a) de la ley 4109. Que esta interpretación que se realiza por parte del personal policial rionegrino claramente afecta la libertad de locomoción de los jóvenes, quienes se ven limitados a circular por determinados sectores de la ciudad, toda vez que desde la vía pública y sin encontrarse en situación de flagrante delito ni con orden judicial previa, son trasladados a dependencias policiales, arrogándose la agencia policial esta facultad sin sustento legal alguno. Ello,

en clara violación del principio constitucional de inocencia”.

Sobre el marco legal en el que basa su petición menciona “que la CIDN obliga a considerar a los jóvenes sujetos de derecho, abandonando la 'doctrina de la situación irregular' y reemplazando la misma por la 'doctrina de la protección integral', por lo que los niños deben concebirse como sujetos plenos de derechos especiales y responsabilidades, atendiendo la situación especial en que se encuentran por estar en pleno desarrollo (OC 17-02 del 28/08/02, Corte IDH). Estos derechos, derivados de su condición, se corresponden con deberes que derivan de la familia, de la sociedad y del estado”.

Más adelante dice la Sra. Defensora que “La aprehensión o privación de libertad de menores de 18 años por parte de la autoridad policial en pos de garantizar una mejor salvaguarda de la integridad personal o condición social o familiar del joven, resulta absolutamente incompatible con estas nuevas doctrinas de protección y promoción de derechos (ley 26061 y ley 4109), debiendo abandonarse inmediatamente e incorporar el verdadero sistema de protección de derechos a través de los operadores y organismos previstos para situaciones de vulnerabilidad en la legislación específica”. La funcionaria judicial acompaña documental que se agrega a fs. 01/08. A fs. 01 se incorpora el informe de la “Oficina tutelar de la mujer, el niño y la familia (U. 34°)”, que da cuenta de los ingresos en calidad de demorados de niños (M.C.F. y C.N.S.); a fs. 02 obra la nota dirigida a la amparista por parte de la misma O.T., donde se le informa sobre la demora de 8 menores; a fs. 03 obra un acta de procedimiento tutelar, y las restantes documentales también se refieren a procedimientos con menores y a un pedido de informe al Jefe policial.

II.- Ordenado el traslado de la presentación (fs. 15), se requirió informe al señor Jefe de Policía de la Provincia (fs. 16), a la Secretaría de Seguridad y Justicia (fs. 17) y a la Unidad Regional Primera de Policía (fs. 18).

El señor Sub-jefe de Policía de la Provincia contesta el traslado (fs. 41/46). Señala el funcionario policial, refiriéndose a los casos que dan cuenta la documental acompañada por la amparista, que: “el actuar fue enmarcado dentro del procedimiento protocolar para el caso concreto, culminando con la entrega del menor a su progenitora, previo informe médico al respecto”, indicando previamente que: “se han producido demoras e ingresos de los menores, dentro de múltiples causas penales y en otros casos, por aplicación del art. 9 último párrafo de la Ley S N° 1965 y artículo 5 inciso A de la Ley 4109 (Protección Integral de los Derechos de las Niñas, de los Niños y los Adolescentes de la Provincia de Río Negro)”. Indica también que la Defensoría “no comparte la normativa legal en que funda su proceder la Policía de Río Negro”. Aclara que la Defensoría no considera legal la aplicación hermenéutica de la LOP, funciones de policía de seguridad y judicial, y en especial la norma prevista en el artículo 9° último párrafo, la que considera de carácter obligatorio para las funciones policiales; añade que el legislador ha otorgado al Estado Provincial (Poder Ejecutivo) el poder de policía, como las políticas en materia de seguridad, a través de la Policía de Río Negro y demás integrantes del Sistema de Seguridad Pública Provincial amparados por la Ley 4200.

El jefe policial dice también que: “...privar a la Policía de cumplir con la manda legislativa... determinaría que quienes deben cumplir las funciones de prevención y seguridad dejen de cumplirlas sin que determine quién las cumplirá”, afirmando que “del planteo jurídico de la defensora y la documental acompañada, no se advierte proceder ilegal e irregular del personal policial”.

Continúa refiriéndose a la inexistencia de agravio ya que “no se advierte cercenamiento de la libertad ambulatoria de los menores y que la misma fuera realizada con motivos de ilegales y arbitrarias e inconstitucionales legal e instrumentación práctica aplicada, para con la referida problemática”. Cita diversos instrumentos legales, nacionales e internacionales, emparentando los mismos con el proceder policial. Se refiere a la participación de menores en hechos ilícitos y finaliza diciendo que: “Las políticas del Estado, y su control, además de las materias en que el Poder Ejecutivo ejerce el Poder de Policía (2° parte de la Constitución Provincial-Políticas Esenciales de Estado) son materias reservada al Poder Ejecutivo (art. 47 a 111 C. Provincial)”.

III.- A fs. 40 contesta el señor Jefe de la Unidad Regional Primera, acompañando documental que se incorpora a fs. 20/39. Manifiesta las medidas que dicha Jefatura ha tomado en razón de la problemática planteada. Dentro de la documental que acompaña, además de reiterar la presentada por la Dra. Arias, adjunta un nota de la Sra. Jefa de la Zona I de la Unidad Regional Primera, por la cual

se dirige al Jefe de la Unidad 34 ordenando que el responsable de la Oficina Tutelar elabore un proyecto de Capacitación para los empleados policiales, referente a los procedimientos con personas menores de edad. Hace notar que ello es necesario ante las falencias detectadas.

A fs. 36 obra copia de la circular parcial de la Unidad Regional Ira., donde se ordena: “Deberá adoptar medidas conducentes a evitar los procedimientos en orden a las facultades que otorga la Ley N° 1.965 Artículo 9 Inc. k), y bajo el Artículo 5 inc. a) Ley N° 4.109 ...donde se establece el orden de prioridad en esta materia para ejecución de los órganos protectores...”.

IV.- A fs. 49 la Defensora de Menores e Incapaces en Feria hace notar que para el Sub-jefe de Policía, “demorar jóvenes en comisaría en función de tareas de prevención policial, sin orden judicial, resulta un proceder correcto”.

V.- **A fs. 50 pasan los autos a los fines de resolver.**

Al momento de dictar la resolución, debo necesariamente recurrir a una verdad que es tantas veces reiterada como desoída, de aplicación a estas situaciones: “Cuando retroceden las políticas sociales, avanza la policía. Cuando avanzan las políticas sociales, retrocede la policía”. 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 "in flagranti delicto", 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 señor Sub-jefe de Policía, como correctamente lo señala el dictamen de la Defensoría de Menores (fs. 49), entiende que demorar jóvenes en comisaría en función de tareas de prevención policial, sin orden judicial, resulta un proceder correcto. Aunque esa prevención policial consista, como lo indica en su informe y que es causal de preocupación, en la aplicación de una política de seguridad.

Analicemos esa política de seguridad. La norma que aplican para demorar a los niños es el artículo 5° de la Ley D N° 4109, que dice: “Deberes y garantía de prioridad. Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del Estado Rionegrino, asegurar a la niña, niño o adolescente, con absoluta prioridad, el efectivo goce del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la capacitación profesional, a la cultura, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria así como ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. La garantía de prioridad comprende: Prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia...”.

Es decir, 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. ¿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.

Si hay niños en situación de desamparo y que es necesario protegerlos, no es la policía la competente para realizar tal tarea, sino los organismos de índole social del Estado. Además está decir que si estos se retraen, avanza el poder policial. No se trata, como dice el Sub-jefe, de compartir o no la normativa legal en que funda su proceder la Policía de Río Negro. La normativa no se comparte, es Ley, debe aplicarse siempre en armonía con el resto del ordenamiento jurídico, sobre todo sin colisión con las normas de superior jerarquía. 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 quién debe protegerlos.

El alto jefe policial señala diversas normas al referirse al cercenamiento de la libertad ambulatoria de los menores, citando -señalo sólo un ejemplo- las Directrices de Riad. La N° 1 de ellas dice: “I. Principios fundamentales - 1. La prevención de la delincuencia juvenil es parte

esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas”.

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.

No debe caerse en ingenuidades y soslayarse el hecho de que algunos de estos jóvenes que se encuentran deambulando, podría incurrir más tardíamente en alguna actividad delictual. Negarlo sería quitarle realismo al problema. Pero en primer lugar, no puede convertirse ello en una presunción que habilite la restricción injustificada de la libertad ambulatoria de las personas; en segundo lugar, la práctica policial suele dirigirse a los jóvenes de los sectores más marginados de la población, como si solamente ellos pudieran incurrir en actos delictuales, lo que es demostrativo del criterio socialmente selectivo del brazo material del poder punitivo del Estado.

Si hay niños en situación de riesgo es porque antes hubo un olvido familiar y un Estado ausente. De hecho la Policía depende del Ministerio de Seguridad y Justicia de la Provincia, uno de los ministerios dependientes del Jefe del Ejecutivo Provincial. Es decir que, por lo que no es solucionado a través de los organismos encargados de la política de desarrollo social, otro departamento administrativo, en este caso el de seguridad, termina implementando una política represiva contra los niños desprotegidos.

Y demorar-detener por lo que “pudiera hacer” un niño, implica una grave violación de los derechos humanos amparados por nuestra Constitución Provincial.

Lo que resulta paradójico, es que mientras el señor Sub-jefe justifica una política inconstitucional, represiva y violatoria de los derechos de los niños, sus subordinados (fs. 36 y 40) por el contrario demuestran preocupación por la situación y requieren las medidas necesarias para adecuar el procedimiento policial a la normativa vigente. Éstos se ajustan a los nuevos paradigmas en materia de niñez, los que motivaron por su parte el dictado en el orden provincial de la Ley D N° 4109. En la exposición de motivos del proyecto presentado y luego aprobado, el legislador indica que los procedimientos para la protección de los niños “ha quedado obsoleta”, y que “es evidente que la cuestión de la niñez y la adolescencia debe ser la primera en ser abordada de manera sistemática y como verdadera política de Estado”.

También se critica en dicho proyecto a las viejas tradiciones, diciendo que “se penalizan los problemas sociales y se socializan las cuestiones penales”, y que “El paradigma desde el cual parte la ley es que el niño debe ser un sujeto de derecho. Esto implica la aceptación de algunas responsabilidades (que provienen de sus derechos) y, sobre todo, asumir que el niño debe ser escuchado. Sólo así aprenderá a defender sus derechos”.

Pero para ilustrar sobre lo señalado, basta el ejemplo que puede encontrarse en la documental acompañada: “...constatamos la presencia de una persona masculina, la cual iba circulando por el sector central de la plaza, ubicada en las mencionadas calles, quien al percatarse de la presencia policial, comienza a esquivar su transitar hacia sectores oscuros de la plaza. Que tras seguir circulando y observando a esta persona, la cual se hallaba vestida de ropa toda oscura y realizando maniobras esquivas. Seguidamente tras seguir circulando por calle Brown hacia calle Dorrego, dimos cuenta que el joven comenzó a circular aumentando su marcha por calle Ministro Jofré en sentido contrario hacia Boulevard Ituzaingó. Es así que rápidamente procedemos a seguirlo por detrás logrando retenerlo en la intersección de calle Brown esquina Ministro Jofré...” (fs. 03). En primer lugar, todo el procedimiento se basa en los dichos del oficial que no condice con la realidad cartográfica de Viedma, es decir el relato es falso. En segundo lugar, porque iba hacia un sector oscuro de la plaza, no sabiendo cuál, realizando “maniobras esquivas” y vistiendo ropa oscura, el niño se convierte en un sospechoso. Finaliza el procedimiento demorando a esta persona de 16 años.

La justificación del funcionario policial de la demora de los niños bajo estas condiciones fácticas, es una conducta que más condice con épocas antidemocráticas pasadas que con un Estado Constitucional de Derecho que ha asumido nuevos paradigmas en materia de niñez, a

partir de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales.

VI.- La norma contenida 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. Dependiendo la policía del Poder Ejecutivo provincial, en cuya esfera orbita también la cartera ministerial de Desarrollo Social, las omisiones o aquello que reste hacer por este último Ministerio no puede ser reparado a través de una política represiva por parte de la cartera de Seguridad.

Por tales razones, corresponde 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 inteligencia de lo normado por 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. Por ello,

**El señor vocal de la
Cámara en lo Criminal de Viedma
RESUELVE:**

Primero: 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.

Segundo: Regístrese, protocolícese y notifíquese a las partes y al Consejo Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes (CONyAR), por ser de su interés.