

SENTENCIA INTERLOCUTORIA NÚMERO: 27 /2.015.---

Recreo, Dpto. La Paz, Catamarca, Marzo 27 de 2.015.---

Y VISTOS: Estos autos **Expte. N° 034/2012** caratulados **“COMISARÍA DEPARTAMENTAL RECREO, UNIDAD REGIONAL N° 2 s/ DEMORAS DE MENORES A., M.G.; R.N. y N.; A.S. s/ PROTECCIÓN DE PERSONA”**, venidos a despacho para resolver; -----

1.- Antecedentes

Se inicia este expediente en sede penal de menores con las actuaciones policiales elevadas por la Comisaría departamental de la ciudad de Recreo, mediante la cual se procedió a la demora de tres niñas menores de edad, cuya identidad no se consigna para preservar su privacidad e integridad psicofísica y quienes me referiré en adelante como las niñas. Se adjuntan a las actuaciones los correspondientes exámenes médicos, copias de DNI y actas de entrega de las menores a sus progenitores. En fecha 16.03.2012 son remitidas al juzgado civil a mi cargo, imprimiéndoseles el trámite de protección de personas conforme lo solicitado por la Asesora de Menores. Seguidamente dispongo oficiar a la señorita Fiscal de instrucción a fines que remita copia certificada del expediente Letra "D" N° 342/12 caratulado "Acta inicial de Actuaciones por Robo ocurrido en el domicilio de la ciudadana Josefa Herrera de Romero, de 79 años de edad". Asimismo se ordena invitar en carácter de “Amicus Curiae” y notificar al INADI; Asociación Pensamiento Penal; Secretaria de Seguridad de la Provincia; Colegio de Abogados de Catamarca y Dirección de Infancia y Adolescencia de la Provincia de Catamarca, dependiente de la Subsecretaría de la Familia, del Ministerio de Desarrollo Social, a fin de invitarlos a si lo consideran oportuno presentar un informe técnico jurídico sobre la demora de las menores y las facultades esgrimidas por la policía todo esto teniendo en cuenta que este pedido se realiza en forma previa al ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad por mi parte.-----

2.- Hechos que originan este expediente

El día 01.03.2012 tomo conocimiento mediante una llamada telefónica proveniente de la comisaría de esta ciudad que personal policial – un comisario y un oficial – habían procedido a demorar sin ninguna orden judicial ni escrita ni verbal a tres (3) niñas menores de edad - de 13; 14 y 15 años respectivamente - a la salida de la escuela para luego trasladarlas a la comisaría y allí le informan al oficial de servicio quien labra el acta inicial de actuaciones – fs. 01 - y luego de demoradas y trasladadas las niñas en un móvil policial a la comisaría intentan contactar a la juez de menores – quien no contesta - por ello se comunican con la fiscal quien se interioriza del caso e indica al personal policial que me encontraba subrogando el juzgado de menores. Al producirse la comunicación ordené que el secretario de penal y de menores se constituya inmediatamente en la comisaría y dispuse que sean revisadas por un médico para constatar su estado de salud – revisión que se realiza a las 14:15 hs - y que sean entregadas de manera inmediata y sin ninguna dilación a sus progenitores lo que se concreta a las 14:59 hs del día 01.03.2012.-----

Adicionalmente ese mismo día ordené – fs. 12 - oficiar – fs. 15 - a la comisaría para que en el plazo perentorio de 24 horas informe bajo que normativa procedieron a demorar a las niñas. Recibiendo la respuesta el día 02.03.2012 firmada por el comisario Santillán jefe de la Comisaría quien informa que la demora se realizó utilizando “...las facultades conferidas en la Ley Orgánica Policial N° 4663/91, en su capítulo III, Art. 8 inc. B”.-----

Luego de concretados los informes socio ambientales, las audiencias y entrevistas psicológicas y a pedido de la Defensora Oficial se remiten las actuaciones a este juzgado civil y consecuentemente ordeno recaratular los autos imprimiéndoles el carácter de "Protección de Persona".-----

3.- Posición de la Fiscalía de esta circunscripción

Ante el pedido de la defensora oficial – fs. 51 – para que se remitan copias desde la fiscalía de instrucción de las actuaciones originadas en el Expediente policial Legra “D” N° 342/12 “Acta Inicial de Actuaciones por Robo Ocurrido en el Domicilio de la ciudadana Celina Josefa Herrera Romero, de 79 años de Edad”, dispongo del libramiento del oficio correspondiente y ante falta de respuesta ordené

librar oficio reiteratorio – fs. 54 – recibíendose el 04.04.2012 oficio N° 289/2012, allí la representante del MPF en lugar de responder y en una actitud de poca colaboración y reticencia dispone “...Previo a proveer lo solicitado librese oficio... a los fines que se especifique el pedido de copias de las fs. inherentes a las actuaciones, a los fines que estime corresponda”.- -----

Luego de tramitado todo el expediente y corro vista al MPF y en su dictamen - fs. 271 - respecto de los pedidos de inconstitucionalidad del Art. 8 inciso B de la Ley Orgánica Policial N° 4.663 por parte de los Amicus Curiae señala su opinión por la constitucionalidad y convencionalidad de esa norma. Al respecto textualmente dice “...resulta improcedente hacer lugar a las mismas, atento **que en ningún tramo de la investigación se vulneró derechos y garantías constitucionales contra las menores demoradas, desde el primer momento se dio intervención a la autoridad judicial competente (Juez de Menores y Secretario de Menores)**” Y luego agrega “Si bien la normativa nacional Ley 26.061 – Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescente – legisla un régimen especial con respecto a la protección de los mismos como sujetos de derecho y velando por el interés superior de éstos, **es insoslayable dejar primar el interés particular por sobre el interés público que afectaría a la comunidad toda, siendo en este caso la actividad delictiva, por lo expuesto precedentemente, este Ministerio Público Fiscal estima que no corresponde declarar la inconstitucionalidad del Art. 8 inc. b de la Ley Orgánica Policial N° 4.663**”.- -----

4.- Dictamen del Ministerio Público Pupilar

Por dictamen – fs. 268/270 - firmado por la Asesora de Menores Subrogante – atento que la titular actúa en carácter de Defensora Oficial – no se expide sobre la constitucionalidad y/o convencionalidad de las normas en cuestión pero formula un extenso contraste entre la norma objetada y las contenidas en leyes nacionales y tratados internacionales.-----

Destaca que más allá de lo que indica el Acta Inicial de Actuaciones – fs. 01 – es claro “...que las tres personas fueron conducidas a sede de Comisaría Departamental solo obedecía en tareas de investigación de una causa penal.”-----

Agrega “...que los niños poseen los derechos que le corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de

la familia, la sociedad y el Estado, reconocimiento que constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa derivada de los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niños y el Pacto de San José de Costa Rica.” Y continua diciendo “...La protección especial importa reconocer lo que todo niño es, un sujeto pleno de derechos y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Art. 4 CND) para finalizar diciendo que resulta necesario “...un esfuerzo sostenido para la adecuación de normas e instituciones con Principios, valores y mandatos nuevos, en virtud de los cuales el Estado ha asumido el compromiso de adaptar el derecho interno a estos nuevos paradigmas”. A pesar de las bellas y extensas citas y de ser un escrito pletórico de conceptos doctrinarios el dictamen carece absolutamente de análisis, opinión y encuadre jurídico de la normativa puesta en cuestión y la existencia o no de afectación de los derechos de las niñas por las autoridades de una agencia estatal subordinada a los poderes constitucionales.- -----

4.- Presentaciones en carácter de Amicus Curiae

4.1.- Dirección de Infancia y Adolescencia de la Provincia

Se presenta – fs.72/77 - en calidad de " Amicus Curiae" a la Dirección de Infancia y Adolescencia de la Provincia de Catamarca, de pendiente de la Subsecretaria de la Familia, del Ministerio de Desarrollo Social representada por su directora la Lic. Silvia Barrozo, con el patrocinio letrado del doctor José Orlando Cativa en *calidad de " amicus curiae"* destacan ***“...La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de la legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del amicus curiae apunta a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir de elementos de juicio... y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión...”*** .-----

En relación a la cuestión de fondo sostienen, en forma coincidente con la posición adoptada por la representante del Ministerio Público Pupilar "...que el artículo 8 apartado b) de la Ley Orgánica de Policía N° 4663 resulta contrario a los derechos de índole supranacional previstos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, solicitando se considere declarar la inconstitucionalidad de dicha norma provincial. Expone como fundamento que en estado de derecho deben respetarse ciertos principios fundamentales vinculados con la libertad de las personas- y en este caso en particular, de las niñas, niños y adolescentes - y tomar al interés superior del niño como principio rector de la materia, los cuales no han sido tenidos en cuenta por el personal policial interviniente...".En virtud del principio de legalidad toda regulación estatal que afecte directamente los derechos de las personas requiere, como condición mínima e indispensable de validez constitucional que aquella haya sido adoptada por el Poder Legislativo...Entre las citadas restricciones ilegítimas que en forma más grave pueden afectar a la libertad de las personas, se encuentra la manipulación arbitraria y discrecional de la normativa legal que regula las atribuciones policiales, para que en este caso, probar de la libertad a las personas de manera preventiva... Del análisis de estos autos surge diáfano que el personal policial interviniente en el arresto de las tres niñas, ha sobrepasado sus atribuciones legales y ha contravenido el régimen Nacional y Supranacional vigente en materia de Protección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Si bien, los funcionarios policiales refieren haber actuado en virtud de las facultades otorgadas por el Art. 8 inc. b) de la ley provincial N° 4663, dicha conducta resulta jurídicamente reprobable por cuanto excede el marco de razonabilidad que debe guiar el actuar del funcionario policial. Amén del exceso en que habría incurrido el personal policial actuante en la causa de referencia, es menester expedirse sobre la constitucionalidad de la norma local. Al respecto, coincido con lo argumentado por la Dra. Sobh, considerando que el apartado B) del Art. 8 ley 4663 es inconstitucional por cuanto la misma contraviene las disposiciones contenidas en la Ley Nacional N° 26.061 (Art. 3 y conc.) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Arts. 3.1, 9.1, 18.1 y 21) los cuales reconocen al Niño, Niña y Adolescente como sujeto de derecho, obligando a toda persona a respetar dicho status en plena armonía con el principio rector e la materia, esto es, el interés superior del niño: Ambas normas, de jerarquía superior a la norma provincial (una por ser emanada el Congreso Nacional y la otra por tener jerarquía superior a las leyes, conforme se desprende del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) garantizan al niño, Niña y Adolescente el derecho a la libertad en todas sus formas, incluida la física y ambulatoria..."-.

4.2.- Colegio de Abogados de Catamarca

Se formula la primer citación en carácter de Amicus Curiae por decreto de fecha 11.04.2012 – fs. 59 – el cual es recibido en el Colegio de Abogados el 12.04.2013 – fs. 66 vta. -. Seguidamente mediante decreto – fs. 68 - 17.04.2012 especifiqué que las presentaciones de los Amicus Curiae deberían seguir los lineamientos de la Acordada N° 28/2004 de la CSJN y los conceptos definidos por ese tribunal en las causas “Jusplast S.A. c Estado Nacional y AFIP s/Amparo” y “Loñ Carolina y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros” esto atento no existir normativa a nivel local. Por ello se libra nuevamente oficio al Colegio de Abogados el cual es recibido el 08.05.2012, entidad que finalmente no participa, tampoco contesta el oficio, ni emite opinión.-----

4.3.- Fiscalía de estado

Mediante decreto de fecha 08.03.2012 – fs. 38 - dispongo notificar a la Fiscalía de Estad de la provincia para que emita opinión remitiéndosele copia certificada de las actuaciones para que tome conocimiento de las mismas esto en forma previa a ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio. Se reitera la citación en carácter de “Amicus Curiae” por decreto de fecha 11.04.2012, reiterando la invitación una vez más, por tanto se practica una nueva notificación el día 08.05.2012, sin que se haya logrado presentación alguna de tal organismo provincial.-----

4.3.- Instituto Nacional contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

A fs. 94/104 es agregado informe realizado por la asesoría letrada de la Dirección de Asistencia a la Víctima del INADI sita en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires allí concluye que: “...de acuerdo con el análisis efectuado, esta asesoría letrada entiende que normas como la contenida en el Art. 8 inc. b) de la Ley Orgánica Provincial, Decreto Ley N° 4663, suponen el riesgo de interpretaciones abusivas, vinculadas a detenciones arbitrarias signadas por criterios discriminatorios como la condición social, edad o aspecto físico de quienes resulten detenidos/as y en consecuencia, suponen un potencial conflicto con un amplio conjunto de derechos reconocidos por la Constitución Nacional. Por otro lado, y como se ha

explicitado a lo largo del presente informe, resulta necesario adecuar la intervención de las instituciones policiales a parámetros actuales relacionados con el respeto de los Derechos Humanos, y, particularmente con el respeto de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, por lo que se entiende pertinente recomendar la capacitación de los/as funcionarios/as policiales en ese sentido".-----

Para arribar a la conclusión expuesta se expone que el INADI es competente para realizar el informe conforme los artículos 2 y 4 incisos b); h) e i) de la ley nacional N° 24.515. Aclara que el análisis de la norma cuestionada será realizado en pos de alcanzar estándares admisibles de respeto de derechos humanos vinculados al derecho a la libertad y a la seguridad personales. Por ello recuerda que el Art 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho a la libertad y seguridad personal, prohíbe la detención arbitraria, requiere que toda persona detenida sea llevada ante un juez. En tanto que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Art. 37 que los estados partes velaran para que ***"...b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda."***-----

Aclara que **la arbitrariedad del ejercicio de las funciones policiales puede provenir de la ley misma o de la práctica estatal en la aplicación o interpretación de una ley que es legítima.** En este caso concreto resalta la discordancia con la información que la policía proporciona a al expediente y el acta de procedimiento *"...en la cual se consigna que la demora obedeció a que las tres femeninas podrían otorgar datos de interés para la causa de investigación sobre un robo ocurrido en un domicilio cercano a la vivienda de las menores. Se deriva de dicha incongruencia, entere la causal informada a la causa y lo formalizado en el acta de procedimiento de investigación del robo, que la invocación de la norma de la Ley Orgánica de la Policía de Catamarca se realizad de modo amplísimo; aplicándose para demorar personas con fines diversos a la averiguación de antecedentes o medios de vida o cuando se niega a identificarse. Cobra relevancia aún mayor en el presente caso además, que ningún chico menor de edad puede ser demorado o arrestado por averiguación de sus actividades, so pena de violar la ley 26.061 y la Convención de los Derechos de Niño"*-----

Finalmente recuerda lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17 del años 2002 referida a las medidas de

protección procesal para cualquier menor que deba declarar o testificar; su sentencia en el “Caso Bulacio vs. Argentina” de fecha 19.09.2003 relacionada a razzias y detenciones policiales; las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos emitidas por Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social. Afirma que “...*el artículo no puede utilizarse para proceder a la demora de menores...que el modo tal como se encuentra en cuestión e incluso la amplitud misma de su redacción tiene potencialidad de ser utilizado en forma abusiva desnaturalizando así las facultades policiales de arresto.*” Y por ello agrega “...***En tal sentido resulta necesario delimitar los alcances de la norma aquí cuestionada, estableciendo claramente cuáles son los motivos que habilitan la detención de una persona, limitando al máximo la discrecionalidad de los funcionarios intervinientes como forma de evitar un accionar ilegítimo***”.-----

4.5.- Asociación Civil Pensamiento Penal

La Asociación de Pensamiento Penal representada por el Dr. Mario Alberto Juliano y Nicolás Laino – presidente y secretario respectivamente - solicita se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad - fs. 85/93 -del Artículo 8 inciso "B" de la Ley Provincial N° 4663. En relación a la invitación en carácter de Amicus Curiae afirma resulta positivo que desde el poder judicial se promueva “...***la participación de entidades de la sociedad civil para que se pronuncien sobre temas de incidencia colectiva. Creemos que no existen precedentes en la República Argentina de convocatorias de esta índole, propiciadas desde el propio Poder Judicial, práctica que esperamos se expanda a otros organismos jurisdiccionales.***”-----

Fundamenta su presentación diciendo “...***la citada facultad policial responde a un entramado normativo orientado al control social de la población, constituyendo un fiel reflejo de políticas criminales actuariales, que influenciadas notoriamente por racionalidades economicistas, se propondrán el control de grupos definidos como riesgosos, con la falsa e ingenua creencia de que esas tácticas permitirán erradicar todos los males sociales...La facultad policial analizada es inconstitucional dado que viola el derecho fundamental a la libertad, sin existir***

*orden judicial que autorice semejante restricción ni razones urgentes derivadas de indicios vehementes de la comisión de un delito...Adviértase que la mencionadas directrices legales son tan difusas y amplias que no otorgan parámetros ordenadores de las conductas de la agencia policía ni son adecuadas, por supuesto como herramienta para limitar la aplicación del poder punitivo". Destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos "...desde el caso "Gangaram Panday" sostiene que aún en casos calificados de legales, **resultan detenciones arbitrarias los supuestos en los que quien ha sido absorbido por el sistema penal no pudo razonablemente prever la detención, o bien cuando ella sea manifiestamente innecesaria e inidónea al fin buscado o bien falta de proporcionalidad con la situación generada**". Reforzando lo dicho afirman que la "facultad policial contenida en el inciso "b" del artículo 8vo. del decreto ley 4.663 conculca el derecho constitucional a la libertad ambulatoria y que la referencia normativa "circunstancias que razonablemente justifiquen" implica una fórmula legal vaga y carente de contenido, cuya amplitud la coloca en colisión con el principio de legalidad (Art. 9 Convención Americana de Derechos Humanos) dejando un margen evidente para la arbitrariedad y ampliando indebidamente la discrecionalidad policial y potencia la desigualdad ante la ley". También aseveran que la norma es desactualizada, irrazonable desproporcionada e injustificada y que **"...el uso que se ha dado en el caso concreto a esta prerrogativa denota una perversa manipulación del instituto, empleado a fines ilegítimos...se ha empleado el dispositivo policial analizado para subvertir principios básicos del proceso penal...pues la detención de personas sospechosas de un hecho tipo resulta solo procedente en virtud de orden judicial competente o ante un supuesto de flagrancias (Arts. 284/287 Código Procesal Penal). En el sistema penal de Catamarca la declaración de imputado solo puede ser prestada ante el juez de la causa por lo que se ha constatado que los funcionarios policiales han empleado el dispositivo previsto en el inciso "b" del artículo 8 del decreto ley 4663 para preguntarles a las jóvenes menores de edad sobre su eventual intervención en un hecho delictivo, configurándose en consecuencia una actividad prohibida, constitutiva de delito de acción pública"**.-*

Para finalizar destacan que tampoco debe perderse de vista que estamos ante un especial sujeto de derecho – niños y adolescentes – conforme la Convención de los Derechos del Niño en su Art. 37 señala “...*b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso durante el período más breve que proceda*” Por ello el artículo 8 del decreto ley 4663/91 “...*resulta claramente inconstitucional, pues faculta la privación de la libertad como primera ratio y la discrecionalidad policial ya sea como modo de conocer antecedentes, medios de vida o identidad de niños y adolescentes.*”-----

4.6.- Secretaria de Seguridad de la Provincia

En tanto a fs. 106 se cita en calidad de "Amicus Curiae" a la Subsecretaría de Seguridad de la Provincia de Catamarca y se le solicita informe si durante el período de instrucción los oficiales y suboficiales reciben clases sobre los derechos del niño y si se encuentran contempladas dentro de dicha currícula la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, siendo notificado ese organismo el día 12.06.2012- -----

El Dr. Juan pablo Morales, en carácter de subsecretario de Seguridad de la provincia de Catamarca se presenta y manifiesta “...*que el personal policial ha actuado dentro del marco de sus funciones, y las facultades atribuidas como servidores públicos, conferidas por la Ley orgánica Policial N° 4663, Art. 8 Inc. b), la cual no entra pugna con la Convención de los Derechos del Niño, y Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, toda vez que la demora preventiva de los menores se hizo respetando las garantías y derechos de los mismos comunicándose en forma inmediata a la autoridad judicial...que si bien es cierto que los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial y específica como sujetos de derechos, no es menos cierto que debe prevalecer el interés público por sobre el interés particular entiéndase este por el de las niñas, niños y adolescentes y/o adultos, y que dicha norma que se pretende declarar inconstitucional constituye una herramienta válida de prevención del delito que redundará en beneficio de la comunidad toda...*”. También califica como “*vagos e imprecisos los argumentos de los Amicus Curiae pues no señalan cual sería concretamente el derecho afectado y/o vulnerado limitándose a enunciar normativas tomadas en forma aislada que no contradicen el Protocolo de Actuación Policial y el Art. 8 inc b ley 4663...*”. Asimismo a fs. 110/144 es agregado en autos,

diligenciado por la Unidad Regional N° 2, copias certificadas del protocolo de actuación para regulación de la Ley Orgánica Policial N° 4663/91- capítulo III- Art. 8, inc. b).-

5.- Observación General N°10 del Comité de Derechos del Niño

Esta observación general fue elaborada por el comité de los derechos del niño el año 2007 en referencia a “Los derechos del niño en la justicia de menores” y en este documento realiza una detallada descripción, consideraciones y recomendaciones relacionadas la detención de niños, niñas y adolescentes menores de edad. Por ello transcribo las partes más relevantes en relación con este punto de la Observación General. -----

Señala que en “...*muchos Estados Partes distan mucho de cumplir cabalmente la Convención, por ejemplo en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales y privación de libertad como medida de último recurso....conforme la Convención. Esta justicia, que debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia restaurativas...*”-----

“II. LOS OBJETIVOS DE LA PRESENTE OBSERVACION GENERAL:...*Ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones con respecto al contenido de esa política general de justicia de menores, prestando especial atención a la prevención de la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales, e interpretar y aplicar todas las demás disposiciones contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención; Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (" Reglas de Beijing"), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad ("Reglas de delincuencia juvenil ("Directrices de Riad").*”-----

En el punto tres de la Observación realiza un resumen de los principios básicos de una política general para los estados partes y así sostiene “...*Los Estados Partes deberán aplicar sistemáticamente en la administración de ésta los principios generales contenidos en los artículos 2; 3; 6 y 12 de la Convención, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40...EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO (artículo 3) En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto*

en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia...EL DERECHO A LA VIDA, LA SUPERVIVENCIA Y EL DESARROLLO (artículo 6) ...El recurso a la privación de la libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad...expresamente que la privación de libertad, incluida la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda...” .-----

También resalta el principio de trato digno contemplado en el artículo 40 1;

“...principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia: Un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño...el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. Este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño...El respeto de la dignidad del niño, requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencias en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia. Los informes recibidos por el Comité indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de la justicia de menores: en el primer contacto con la policía, durante la detención preventiva, y durante la permanencia en centros de tratamiento y de otro tipo en los que se interna a los niños sobre los que ha recaído una sentencia de condena a la privación de libertad. El Comité insta a los Estados Partes a que adopten medidas eficaces para prevenir esa violencia y velar porque se enjuicie a los autores y se apliquen efectivamente las recomendaciones formuladas en el informe de las Naciones Unidas relativo al estudio de la violencia contra los niños, que se presentó a la Asamblea General en octubre de 2006 (AC/61/299).-----

Adicionalmente insta a los estados partes a intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales “...los Estados Partes tratarán de promover...leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable...El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover...medidas...que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como hurto en negocios o otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez...De

acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legalización penal...” -----

Finalmente en relación con la privación de libertad, detención preventiva enfatiza que “...En el artículo 37 de la Convención se enuncian los principios fundamentales que rigen la privación de libertad, los derechos procesales de todo menor privado de libertad, y las disposiciones relativas al trato y las condiciones aplicable a los menores privados de libertad...PRINCIPIOS BÁSICOS...la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medidas de último recurso y durante el periodo mas breve que proceda, y b9 ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente...El Comité recomienda que los Estados Partes evalúen periódicamente, preferentemente por medio de instituciones académicas independientes, el funcionamiento práctico de su justicia de menores, en particular la eficacia de las medidas adoptadas, incluidas las relativas a la discriminación, la reintegración y la reincidencia.”- -----

6.- Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en su visita a Argentina en el año 2003.

El informe fechado el 23.12.2003 se plasma la visita realizada al país entre el 22 de septiembre y el 02 de octubre de 2012 se refiere particularmente a las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Al respecto destacan “...las facultades excesivas otorgadas a los agentes de policía para arrestar personas por la comisión de contravenciones, por averiguaciones de antecedentes o por controles de identidad; el excesivo recurso a la detención de niños no solamente por la comisión de delitos y faltas sino por razones de protección y las facultades otorgadas a autoridades administrativas para disponer la detención...el Grupo de Trabajo recomienda al Gobierno de Argentina...a supervisar estrictamente la actuación de los oficiales y agentes de policía; a apoyar la labor de los fiscales que investigan la práctica delictiva de fraguar procedimientos policiales; a aplicar plenamente la Convención sobre los derechos del Niño...”

El grupo de trabajo destaca que “...luego de su visita al país el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que **las fallas principales para la vigencia de los derechos humanos se observan en la falta de conformidad con las normas internacionales de algunas leyes internas, así como en algunas prácticas de larga data, particularmente a nivel provincial...**La Constitución Nacional confiere a las provincias el poder de legislar en todas

las materias que no caen dentro de la competencia de la Federación. Ello **incluye leyes que afectan la libertad de los ciudadanos**, tales como los códigos de procedimiento penal. Si bien en materia sustantiva la competencia es de la Federación y por ello existe un código penal para toda la nación, no ocurre lo mismo en materia procesal...**La legislación provincial ha conferido a estos cuerpos una serie de poderes y facultades, tales como proceder a detenciones en materia de faltas o contravenciones...**La delegación pudo observar durante sus entrevistas que muchas autoridades, jueces o miembros de colegios de abogados no son plenamente conscientes o no otorgan suficiente importancia a las disposiciones del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos...De conformidad con el derecho internacional, toda persona arrestada debe ser inmediatamente informada de los cargos de los que se le acusan y llevada con prontitud ante un juez competente o ante una autoridad facultada para ejercer poderes judiciales...derecho argentino, el juez debe decidir luego de escuchar la declaración del imputado, si decreta la prisión preventiva o si pone en libertad al detenido. Sin embargo la mayoría de los detenidos entrevistados por la delegación se quejaron que les habían impuesto prisión preventiva sin haber sido escuchados debidamente por el juez..Un detenido dijo a la delegación que si el hubiera tenido la oportunidad de ser escuchado personalmente por el juez, tan sólo durante 10 minutos, el juez habría dispuesto su libertad...”- -----

El informe aborda un tópico de particular interés en el caso como es la detención en comisarias así destaca que "Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden estricta de autoridad competente". **Sin embargo**, en varias provincias, tales como Buenos Aires y Salta, **los funcionarios y auxiliares de la policía tienen la facultad de arrestar o aprehender personas que consideran intentan cometer un delito o inmediatamente después de cometerlo. Pueden proceder a arrestos por razones de orden o de seguridad pública, y para controles de identidad y averiguación de antecedentes...**Varias organizaciones no gubernamentales se quejaron ante...que los funcionarios policiales suelen abusar de este poder de detención...En la práctica muchas personas son arrestadas simplemente porque merodeaban por el lugar, porque no justificaban su permanencia en un lugar determinado o porque carecían de dinero para comprar...Los más frecuentes tienen relación con controles de identidad. Se alegó que pese a que la policía suele contar con medio tecnológicos modernos que le permiten verificar la identidad de una persona a averiguar sus antecedentes en cuestión de minutos, suelen mantener a una persona en detención durante varias horas, a veces durante toda la noche. Si la persona es

*arrestada el viernes a la tarde puede ser mantenida en detención hasta el lunes a en la mañana, bajo el argumento que solo puede proceder a la averiguación de antecedentes en días laborables...dijo que la policía suele arrestar entre 300 y 400 personas durante los fines de semana...estas acciones policiales tienen un efecto intimidatorio sobre el ciudadano común y corriente. **Se alega que la policía detiene y revisa vehículos y hace descender los pasajeros de vehículos de transporte público para controlar sus identidades y revisar sus pertenencias...***--

En lo relacionado a la detención por contravenciones señalan las amplias facultades policiales de arresto en distintas provincias. “...*En algunas provincias argentinas, no ya en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las fuerzas policiales tienen la facultad de proceder a arrestos y aprehensiones de personal que habrían cometido una trasgresión de ciertas disposiciones legales específicas...la delegación encontró disposiciones legales que autorizan a la policía a detener personas hasta por 30 días en razón de la comisión de contravenciones...Y en las comisarías que visitó, encontró personas que estaban detenidas durante más de 30 días por tales razones...Aunque existe la posibilidad de recurrir judicialmente una orden de detención por contravenciones, este recurso no suele ser efectivo y suele ser de lenta tramitación...suele ser caro, complicado y a fin de cuentas, inefectivo..El Grupo de Trabajo recibió denuncias del arresto y detención de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, incluso de niño de nueve años. En algunas comisarías que visitó encontró niños detenidos al lado de mayores, la mayoría "niños de la calle" y mendigos...El grupo de trabajo no necesita insistir en el daño que se está haciendo con estas prácticas a las integridades físicas y psíquicas de los que constituyen el futuro del país...*”-----

Para finalizar enumera conclusiones y elabora las siguientes recomendaciones. “...**Particular preocupación** del Grupo de Trabajo es la excesiva duración y el excesivo recurso a la detención preventiva; **las facultades otorgadas a la policía para proceder a arrestos en virtud de contravenciones, para averiguación de antecedentes y controles de identidad; los casos de detenciones de niños, de miembros de minorías sexuales y de extranjeros y las detenciones vinculadas a la protesta social...En la medida de lo posible, debe evitarse mantener en comisaría de policía a niños y a extranjeros detenidos en virtud de las leyes de inmigración...El Grupo de Trabajo invita al Gobierno Federal y a los gobiernos provinciales a supervisar estrictamente la actuación de los oficiales y agentes de**

policía, particularmente en lo relativo a sus facultades de ordenar arrestos y detenciones.... El Grupo de Trabajo invoca al Gobierno a asegurar un efectivo, accesible, rápido y no oneroso recurso de apelación judicial en las provincias donde todavía se mantienen los edictos de policía y la antigua facultada policial de arrestar, aprehendes o detener por la comisión de contravenciones...”-----

En relación con los niños destaca que “**...Particular atención debe prestarse al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niños en lo relativo a la práctica de arresto y detención de menores. Debe respetarse lo establecido por los instrumentos internacionales respecto a la edad mínima de responsabilidad penal. Debe revisarse la práctica de detener niños en razón de su supuesta protección, de detener niños mendigos, de detener "niños de la calle", y erradicarse su envío a comisarías de policía...**”-

7.- Convención sobre los Derechos del Niño

Resulta importante destacar que la CSJN consideró que “debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 68.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Fallos 327:5668, considerandos 6).- -----

Tal como lo destaca Mary Belloff y otros en Tomo III, pags. 560/562, Capítulo XIII Convención sobre los Derechos del Niño del Tratado de los Tratados Internacionales (Obra dirigida por Directores Carnota Walter F. y Patricio A Marianello) Editorial La Ley, Buenos Aires 2011). “*...la CSJN receptó la idea que los niños tienen los derechos reconocidos a todas las personas y, además, gozan de una protección especial por ser sujetos en desarrollo. Fallos 328: 4343 “Maldonado” considerando 32 y Fallos 331:2691 “García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristina” considerando 3...***En la búsqueda de un mayor consenso en la aprobación de la CDN se previeron diversas medidas: mecanismos de control débil sobre su aplicación, admisión de numerosas reservas, limitaciones al ejercicio de los derechos reconocidos** y vaguedad en la formulación de los derechos de los niños, entre otras.” Asimismo señala que “*...en el ámbito interamericano, la Corte IDH ha hecho aplicación de la CDN para interpretar las normas de la CADH vinculadas a la protección de la infancia. Asimismo, la Corte IDH y la CSJN han receptado estándares de soft law (Reglas de Beijing y Reglas de Naciones Unidas para Menores privados de la libertad). El Comité de los Derechos del Niño, por medio de sus Observaciones*

Generales, ha realizado importantes avances en la precisión de los derechos de los niños contenidos en la CDN. Sin embargo, no ha sido frecuente que la legislación y la jurisprudencia hayan tenido en cuenta expresamente estas Observaciones Generales.”-----

Estimo necesario aclarar que “*Soft Law, derecho blando o derecho indicativo, a diferencia de las normas internacionales, que tienen valor vinculante, existen preceptos contenidos en recomendaciones, códigos de conducta o normas de tipo orientativo que carecen de dicha fuerza normativa. La producción jurídica se encuentra repleta de este tipo de enunciados vestidos a modos de directrices. El Soft law permite una hechura jurídica rápida y flexible, orientada a la solución de problemas acuciantes y afligentes, que no requieren de los procedimientos (ni tampoco tiene el valor) de los tratados internacionales.*” (Carnota, Walter F.Tomo I, Pag. 11 Capítulo I “El Marco Teórico Conceptual de los Tratados Internacionales”, en Tratado de los Tratados Internacionales. Directores Carnota Walter F. y Patricio A Marianello, Editorial La Ley, Buenos Aires 2011).-----

8.- Razones de mi pronunciamiento

En relación a los hechos que originaron esta causa debo destacar como relevante el arresto de las niñas sin autorización o intervención de ninguna autoridad judicial y luego de producido el arresto el personal policial procede a comunicarse con las autoridades judiciales, fiscal, juez de menores y conmigo luego de saber que me encontraba subrogando el juzgado de menores.-----

Este accionar demuestra en forma acabada que el arresto y traslado de las niñas a la comisaria de esta ciudad, se produjo por el propio accionar de la policía en ejercicio de las facultades legales de la norma cuestionada y en el marco de la instrucción de una causa penal pero sin que la fiscal haya dispuesto citación alguna a las niñas sino por el informe reservado de un agente policial comisionado al la investigación de un robo. Esto patentiza la facultad policial de “ejercer en forma autónoma”, es decir sin autorización ni intervención judicial y sin tener en cuenta y en clara contravención a la manda convencional – inc. B) Art. 37 CDN – de donde surge claramente que la detención o arresto es un supuesto excepcional y debe ser utilizado como medida de último recurso tal como lo afirmó la CIDH en el “Caso Bulacio vs. Argentina” en sentencia de fecha 18.09.2003 y contrariando las normas de derecho indicativo como son las Reglas de Beijing que determina el tratamiento que deben tener las personas menores de edad cuando son en casos donde se restrinja o prive de su libertad

ambulatoria. También el accionar policial que pretende obtener de las niñas información sobre un hecho ilícito y recabar su testimonio implica una violación a las Reglas de Brasilia y resulta una conducta inaceptable e ilegal recabar testimonios de niñas, niños o adolescentes fuera del ámbito judicial y sin la debida asistencia técnica – abogados, psicólogos – y fuera del conocimiento de los tutores. En este sentido resultan plenamente aplicables y los jueces debemos tener presente como guía de interpretación y como motivación de nuestras sentencias o decisiones las reglas de derecho indicativo pues implican un estudio detallado, profundo e independiente que desemboca en elaboración de reglas que determinan formas y estándares mínimos de las garantías y derechos de determinados grupos como los niños, niñas y adolescentes entre otros que merecen especial protección y cuidado. Estos estándares mínimos alertas y sirven de medida comparativa para el ejercicio cotidiano de las funciones y facultades de las agencias estatales en relación con su observancia y aplicación de derechos por parte de estas. Por ello y a fin de despejar toda duda estimo que existe un reconocimiento expreso del derecho indicativo, su valor y aplicación en la jurisprudencia de la CJSN que en sentencia de fecha 10.12.2013 caratulado "A., A. V. y otra s/ extradición" aplicó soft law como fundamento de su resolución al referirse a una norma de derecho indicativo contenida en las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas”.-.-----

A todo lo dicho y tal como lo señala en calidad de Amicus Curiae la Asociación Pensamiento Penal “...desde el caso “Gangaram Panday” sostiene que aún en casos calificados de legales, **resultan detenciones arbitrarias los supuestos en los que quien ha sido absorbido por el sistema penal no pudo razonablemente prever la detención, o bien cuando ella sea manifiestamente innecesaria e inidonea al fin buscado o bien falta de proporcionalidad con la situación generada**”, resulta una injerencia arbitraria y contraria al Bloque de Constitucionalidad Federal el arresto tal como fue materializado en este caso y contrario a la doctrina definida por la CIDH en el caso “Gangaram Panday”.-

Finalmente quiero destacar y agradecer la gentileza e interés demostrado por los Amicus Curiae o amigos del tribunal que me han ilustrado con sus presentaciones permitiéndome arribar la decisión contenida en este pronunciamiento. Además debo resaltar la labor de todos ellos en pos de la protección integral y concreta de niñas, niños y adolescentes y de la aplicación de las normas de fuente convencional. También

he recurrido a este proceder – invitar a los Amicus Curiae - con el propósito de poder escuchar una pluralidad de opiniones y poder de esta manera crear consensos inter institucionales a fin de permitir el cabal cumplimiento del Bloque de Constitucionalidad Federal en especial en lo relacionado a la protección de niñas, niños y adolescentes.-

Por lo expuesto, normas legales, doctrinas y jurisprudencia, citadas,-----

RESUELVO:

I)- Declarar la inconstitucionalidad por anticonvencionalidad del inciso b) Artículo 8° de la Ley provincial 4.663 Ley Orgánica Policial.-----

II)- Notifíquese a las representantes de los Ministerios Públicos de la Defensa, Pupilar y Fiscal en sus despachos y por cédula con copia de esta sentencia a los organismos y asociaciones presentadas como “amicus curiae” o amigos del tribunal que hayan emitido opinión en este expediente.-----

III)- Protocolícese, notifíquese, oficiese y oportunamente archívese