

Trabajo Final de Grado

Niñas, niños y adolescentes de la provincia de Río Negro:

La aprehensión por efectivos policiales sin
orden judicial, bajo el paradigma de la
protección integral de sus derechos.

Héctor Horacio Kucich

2018

Universidad Nacional de Río Negro

Sede Atlántica

Abogacía

Viedma, Río Negro

Índice.

Prefacio.....	2
Introducción.....	3
CAPÍTULO I: Presentación de la fuente de estudio.....	7
CAPÍTULO II: La situación del menor en los distintos paradigmas.....	12
Paradigma Tutelar: Nociones generales.....	12
Paradigma de la Protección Integral de los Derechos del Niño:	
Nociones generales.....	16
CAPÍTULO III: Aspecto normativo.....	22
CAPÍTULO IV: Análisis de la Fuente de Estudio.....	33
CONCLUSIONES.....	41
Fuente.....	44
Bibliografía.....	44

Prefacio.

El presente trabajo final de grado fue realizado por el estudiante Héctor Horacio Kucich, a los fines de obtener el título de abogado en la Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica. El proyecto del mismo fue aprobado por el Dr. Juan Manuel Otero, titular a cargo del Seminario Final de Grado. En cuanto a la dirección de este trabajo, dicha función fue ejercida por la Mgtr. Romina Bruno, quien se desempeña como docente en la referida universidad y como relatora general de la Secretaría STJ N° 2 (Penal).

Introducción.

Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia, basados en los diversos tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país, reconocen la protección integral de los derechos de los niños, entre los que se encuentra contemplado el derecho a la libertad personal.

El mencionado derecho que le asiste a todos los niños, niñas y adolescentes, atraviesa una situación crítica y de gran incertidumbre, por cuanto la policía de la provincia de Río Negro se encuentra habilitada para practicar aprehensiones, sin orden judicial, en pos de la protección de los mismos, conforme surge de la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia en el caso “Dra. ARIAS PATRICIA ALEJANDRA – DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES – S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/ CASACIÓN” (Expte. N° 28317/16-STJ-).

Sumado a ello, la ley N° 5.020¹ de la provincia referida, estableció en su artículo segundo, que dentro de los 6 meses posteriores a la entrada en vigencia² del mismo, se debía sancionar un Código Procesal Penal Juvenil, cuestión que podría aclarar la situación, pero que aún no se ha cumplimentado. Se advierte aquí, que tal demora del legislador no contribuye a la atención primordial que debe otorgarse al interés superior del niño, según lo estipula el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esto hay que agregarle la reciente puesta en marcha del protocolo de aprehensión de menores³, que si bien incluye novedades relativas al área de salud, se advierte que a la hora de habilitar dicha aprehensión mantiene los lineamientos del fallo en cuestión.⁴

¹ Ley sancionada el 10 de Diciembre de 2014, por la cual se aprueba el Código Procesal Penal de Río Negro.

² Vigente desde 1° de Marzo de 2017.

³ Protocolo de Aprehensión de menores. Ver <https://www.rionegro.com.ar/viedma/la-policia-puede-demorar-a-menores-pero-con-limitaciones-en-rio-negro-AC5015121>

⁴ Vale la pena aclarar que este protocolo no será objeto de análisis en el presente TFG.

Por los motivos expuestos, el presente trabajo tiene como finalidad investigar si la aprehensión de menores llevada a cabo por la policía de la provincia de Río Negro⁵, se condice o no, con lo pregonado por el *paradigma*⁶ de la protección integral de los derechos del niño. Para ello, me propongo abordar, conforme al antecedente jurisprudencial recientemente mencionado, los siguientes interrogantes: ¿Cuáles fueron los argumentos utilizados por la mayoría para habilitar, en todos los casos, la aprehensión de menores de edad por parte de efectivos policiales sin orden judicial previa? Y, ¿en qué supuestos, los argumentos que habilitan dicha aprehensión, se condicen con el paradigma actual de la Protección Integral de los Derechos del Niño?

Para tal objetivo, analizaré el caso en cuestión, particularmente en base a los fundamentos utilizados por el juez Ricardo Apcarian en su voto, al cual adhieren los jueces Sergio Barotto, Liliana Piccinini y Enrique Mansilla, en el que se habilita la aprehensión de menores en las condiciones que se detallaran más adelante en el presente trabajo. En este sentido, dentro del marco del derecho procesal penal en relación con protección de las personas menores de edad, ubicado en el artículo 5 inc. A) de la Ley D N° 4109 de la Provincia de Río Negro, buscaré exponer lo argumentado por la mayoría en la resolución del presente caso, con la finalidad de evidenciar en qué supuestos, lo decidido se adecua o no al paradigma actual.

A los efectos de obtener una aproximación a tal objetivo, tomaré del ámbito jurídico diversas herramientas de análisis, comenzando por realizar una presentación de la fuente de estudio escogida y continuando por abordar las

⁵ Considerando a dicha institución como el primer “eslabón de la cadena punitiva” dado que es la primera en tomar contacto con los menores en conflicto con la ley. El concepto “eslabón de la cadena punitiva” es desarrollado por López, A., Andersen, J., Pasin, J., Suárez, A. y Bouilly, R. En *Estrategias de gobierno del territorio urbano: hostigamiento y brutalidad policial sobre los jóvenes en la provincia de Buenos Aires*. En Mesa de trabajo n° 37 Sistema Penal y Derechos Humanos. IX Jornadas de Sociología de la UBA. Carrera de Sociología de la (UBA) Buenos Aires, Argentina, Agosto 2011.

⁶ Thomas Kuhn, en su libro *“la estructura de las revoluciones científicas”* (1962), refiere al paradigma como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”. Ante la multiplicidad de connotaciones asignadas a esta concepción de “paradigma”(21 sentidos diferentes), realizadas estas por Margaret Masterton, el autor de aquella definición debió realizar una “postdata a la Edición de 1969” en la que señaló que “paradigma es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica particular”

nociones generales de los paradigmas de la Situación Irregular (Tutelar) y de la Protección Integral de los Derechos del Niño.

La metodología a utilizar respecto del abordaje de la fuente de estudio seleccionada será cualitativa. Por ello, se procederá a analizarla desde el marco teórico, tomando en consideración la aprehensión de menores efectuada por personal policial, motivo por el que también se dedicará espacio aspecto normativo de ambos paradigmas.

Por lo dicho hasta aquí, el presente trabajo se estructurará de la siguiente manera: En el capítulo primero se hará una presentación de la fuente de estudio escogida. Seguidamente, en el capítulo segundo se abordará, a través de los diferentes doctrinarios, los dos paradigmas en cuestión, centrándome precisamente en el momento de la aprehensión de menores. Posteriormente, en el tercer capítulo, se procederá a desarrollar el aspecto normativo de ambos paradigmas. Por último, en el capítulo cuarto, se analizarán los argumentos esgrimidos en el voto mayoritario a la hora de dictar la sentencia que autoriza a la policía a efectuar dichas aprehensiones, a los fines de conocer cuáles son los supuestos que se condicen con lo pregonado por el paradigma actual y cuáles no.

Cabe destacar aquí qué, a los fines del presente trabajo se entenderá por niño *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*⁷

Es menester mencionar que, para el desarrollo del marco teórico, se tomarán aportes de E. García Méndez⁸, Mary Beloff⁹, M. Cillero Bruñol¹⁰ y A. Baratta¹¹,

⁷ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 Noviembre de 1989, United Nations, art. 1.

⁸ Es jurista, experto de derechos de la infancia. Tiene un PHD en Derecho por la Universidad de Saarland, Alemania. Es también: consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica; Consultor de Unicef de las Oficinas de Chile, Uruguay, India y Angola; Presidente de la Comisión de Infancia del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Argentina; y presidente de la Fundación Sur Argentina.

⁹ Es Doctora en Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Magistri in Legibus (LL.M.), Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, Estados Unidos de Norteamérica; Abogada de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y Bachiller Universitario en Derecho de la misma universidad. Además, es docente de la Facultad de Derecho de la UBA.

entre otros. Respecto de los dos primeros, estos se encargan de denotar las características generales que surgen de uno y otro paradigma en América Latina. Cillero Bruñol, se centra en la conceptualización de principios como Interés Superior y Autonomía Progresiva¹², los cuales forman parte del paradigma de la protección integral. Sobre el derecho a ser oído, recurrimos al análisis realizado por A. Baratta, quien afirma que, por intermedio de este y del deber de los adultos de escucharlos y aprender de ellos, se ejerce una especie de *responsabilidad sin mandato*¹³, por lo que se garantiza la participación efectiva de los niños en la democracia.

Finalmente, cabe manifestar que éste Trabajo Final de Grado (TFG) pretende realizar aportes jurídicos que contribuyan al conocimiento de la comunidad académica respecto del accionar policial, en la provincia de Río Negro, frente a un sector de la población en proceso de formación, como lo son los menores de edad.

¹⁰ Es Licenciado en Derecho por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Director del Programa Justicia de Infancia de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

¹¹ Fue un reconocido Jurista y Sociólogo Italiano, profesor en la Universidad de Camerino, Italia (1969). Profesor en la Universidad de Saarland en Alemania y Director del Instituto de Sociología del Derecho y Filosofía Social.

¹² Los mismos serán abordados en el capítulo correspondiente al paradigma aludido.

¹³ Terminología empleada por A. Baratta en "*El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático*", la cual será conceptualizada en el Capítulo 2.

CAPÍTULO I

Presentación de la fuente de estudio.

Como ya se ha mencionado, este TFG, tiene como única fuente de estudio el fallo “DRA. ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA –DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/CASACIÓN” (Expte. N° 28317/16-STJ-).

La misma fue escogida dada la relevancia social y mediática que adquirió la sentencia del STJ en 2016. Entre los medios que se hicieron eco de ello encontramos: Plan B Noticias¹⁴, diario Río Negro¹⁵, ADN Río Negro¹⁶, etc.

Por otra parte, circunscribo el presente a Río Negro, ya que es la provincia a la cual pertenezco y, como miembro de esta sociedad, he decidido asumir el rol de representante sin mandato¹⁷ de las niñas, niños y adolescentes que tienen su *centro de vida*¹⁸ en la misma. Ello en pos de otorgarles voz, a los fines de que se le garanticen sus derechos.

A su vez, considero que el voto de la mayoría¹⁹ constituye la fuente central de análisis, dado que brindará la información necesaria para responder a los objetivos planteados al comienzo del presente trabajo.

Dicho esto, procederé a presentar el caso en cuestión.

¹⁴ <http://www.planbnoticias.com.ar/index.php/2016/05/27/rio-negro-suma-rechazos-un-fallo-judicial-que-permite-la-detencion-de-menores/>

¹⁵ <https://www.rionegro.com.ar/region/rio-negro-la-justicia-aprobo-la-detencion-a-menores-de-edad-DK408511>

¹⁶ <https://www.adnrionegro.com.ar/2016/06/rechazo-al-fallo-del-stj-que-avala-la-detencion-de-menores-por-parte-de-la-policia/>

¹⁷ Conforme a surge de lo expresado por A. Baratta, ver cita N° 13.

¹⁸ Conforme el art. 3 inc. f) de la ley N° 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes): “Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”

¹⁹ Es necesario aclarar que, por una cuestión de espacio, el voto de la minoría no será objeto análisis en el presente TFG. Sin perjuicio de ello, si resultara pertinente, se citara algún fragmento de éste.

“DRA. ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA –DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/CASACIÓN” (Expte. N° 28317/16-STJ-).

Conforme surge de la realidad social que atravesaba la provincia de Río Negro, a mediados del año 2015, notamos que la policía dependiente de la misma llevó adelante múltiples detenciones o demoras de personas menores de edad, sin orden judicial.

La referida cuestión hizo que la Dra. Patricia Arias, presente un *Habeas Corpus Preventivo*²⁰ ante la cámara en lo Criminal de la 1° Circunscripción Judicial de la provincia citada, solicitando el cese de dicho accionar policial. Cabe destacar que, quien interpuso esta acción es la Defensora de Menores e Incapaces de la Defensoría N° 2 de Viedma.

Por su parte, el Dr. J. Bustamante (Vocal de la Sala B de la mencionada Cámara), mediante sentencia 137/15, resolvió hacer lugar a la acción incoada por la Defensora y ordenó el cese de las prácticas policiales consistentes en la demora de niñas y niños bajo la justificación de su protección, sin que se hallaren cometiendo delito alguno.

En esta instancia, el sentenciante utilizó como primer fundamento, la armonía que debe existir entre la normativa local provincial y lo contemplado en los distintos instrumentos internacionales suscriptos por la Nación Argentina.

Agrega también que, *“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*

²⁰ Es una garantía que tiene aquella persona que ve limitada o amenazada su libertad ambulatoria ya sea por un acto u omisión de autoridad pública, sin orden judicial. En idéntico sentido, el artículo 3° de la ley N° 23.098 establece que la mencionada acción procede “cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1° limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden judicial escrita de autoridad competente...”

en un 'estado de sospecha' (por ejemplo, andar por un lugar oscuro con ropa oscura)...²¹

Frente a dicha resolución, los Dres. Julián Fernández Eguía y Sebastián Racca, en representación de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, interpusieron un recurso de casación ante el Superior Tribunal de Justicia de dicha provincia.

En cuanto al agravio expresado en tal recurso, se esgrimió que el fallo de Cámara era erróneo y desacertado en torno a la interpretación sobre la normativa con la cual cuenta la policía de la provincia para llevar a cabo los procedimientos vinculados con menores, cuestión que para los recurrentes generó gravedad institucional e incertidumbre respecto de las funciones policiales de prevención y seguridad pública.

Sumado a ello, niegan la existencia de cercenamiento de la libertad ambulatoria de los niños mediante detenciones ilegales o arbitrarias y manifiestan no advertir constancias que prueben un obrar policial por fuera de lo reglado en la ley orgánica de dicha institución.

Ante lo argumentado, el STJ rionegrino decidió hacer lugar al recurso incoado y revocar, por mayoría, el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma, basándose en la no acreditación en autos de un obrar ilegítimo por parte de la policía provincial y resolviendo que, tal ejercicio de funciones resultan propias y constitucionales.

Es menester resaltar que, el voto mayoritario de esta sentencia será la fuente objeto de análisis del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, y solo a los fines de poner en conocimiento del lector respecto del estado actual en el que se encuentra la causa, continuaré comentando aquí lo ocurrido posteriormente al fallo en cuestión.

²¹ Sentencia N° 137/15, dictada por el Vocal de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma – Dr. Jorge Bustamante, de fecha 13 de Noviembre de 2015.

Contra la resolución mencionada, la Dra. Arias presentó un recurso extraordinario federal ante el STJ, alegando que se lesiona el *derecho a la libertad y a transitar libremente*²², y el *principio de inocencia*.²³

Además, la Defensora de Menores cuestionó: las alegadas facultades proteccionales del personal policial otorgadas por el art. 9 in fine de la ley S N° 1.965 y el art. 5 inc. a) de la ley D N° 4.109; la omisión de declaración de inconstitucionalidad de las normas involucradas por parte del sentenciante; la interpretación del objeto del habeas corpus preventivo; y a la policía como fuerza encargada de ejecutar las políticas públicas de protección de derechos.

En torno a ello, la contraparte plantea que tales argumentos constituyen meras afirmaciones dogmáticas, que omiten relatar clara y precisamente todas las circunstancias relevantes del caso en relación con las cuestiones que invoca como de índole federal.

Tomando esto último, el STJ de la provincia de Río Negro denegó el recurso extraordinario federal, por considerar que la materia debatida resulta ser de derecho público provincial.

No conforme con esta decisión, Marta Gloria Ghianni²⁴, interpuso un recurso de Queja ante la CSJN, manifestando que la resolución que pretende impugnar no fue razonada y, que además, se vulneró la facultad de acceso libre a los tribunales.

Hay que aclarar que este recurso se encuentra pendiente de resolución y, que si bien, ya hay un Dictamen de la Procuración General de la Nación, de fecha 7 de Junio de 2018, en el cual se opina que la CSJN debería declarar admisible el

²² Contemplado en: art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y el 18 de la Constitución Nacional (CN) y de la Constitución de la provincia de Río Negro (CPRN).

²³ Contemplado en: arts. 7,8 y 9 de la CADH; 14 y 15 del PIDCP; 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del niño; 18 y 19 de la CN; 17 Y 18 de la CPRN.

²⁴ Defensora General Subrogante de la Provincia de Río Negro.

recurso y dejar sin efecto la sentencia apelada, el mismo no resulta vinculante para el máximo tribunal nacional.

Sin más para agregar, volviendo a recalcar que la fuente a analizar será el voto de la mayoría en la citada sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, se procederá a iniciar el Capítulo relativo al marco teórico.

CAPÍTULO II

La situación del menor en los distintos paradigmas.

En éste capítulo abordaré la situación de aquellas personas menores de edad en torno a los dos últimos paradigmas. Ello en virtud de considerar que nos encontramos en un periodo de transición donde ambos coexisten. Por este motivo, indagaré tanto en la doctrina como en la normativa relativa al tema que nos ocupa el presente título, con el propósito de reflejar, por un lado, como era el antiguo escenario en el que se hallaba el menor y, por el otro, como es y cómo debería ser el paradigma actual.

Paradigma Tutelar:

Nociones generales.

A fines del siglo XIX, precisamente en 1899, con la creación del primer Tribunal Juvenil en Chicago Illinois nació con la idea de considerar fuera del sistema penal a los jóvenes *“para someterlos a procesos de tratamiento y protección, es así como surgen los modelos de justicia juvenil; modelo tutelar proteccionista, fundada en la llamada ‘situación irregular del menor de edad’, quien era incapaz, sujeto pasivo, objeto de protección y se le restringían o suprimían derechos”*²⁵

En este modelo, se observa *“una profunda división al interior de la categoría infancia: niños adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.).”*²⁶ Respecto de

²⁵ Herrera Correa, C., *Análisis de la incidencia de los procedimientos de aprehensión realizados por la policía nacional a los adolescentes vinculados al sistema de responsabilidad penal, “SRPA”, en lo pertinente a la garantía de sus derechos fundamentales, en el departamento de Caldas, periodo 2013 – 2014*, en Revista Pensamiento Penal, Diciembre de 2016, pág. 60.

²⁶ García Méndez, Emilio. (2001), *Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias*. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth, *Derechos de la niñez y adolescencia: Antología*. 1ª ed., San José, Costa Rica: UNICEF. Pág. 62.

quienes se incluían dentro de ésta categoría denominada “menores”, a lo largo de este periodo tutelar, se llevaron a cabo detenciones o privaciones de la libertad por tiempo indeterminado (siendo la internación en institutos la medida aplicada por excelencia), tanto de menores infractores de la ley penal como aquellos que se encontraran vagando o en situación de abandono, utilizando como fundamento la resocialización de los mismos, la defensa de la sociedad o “*la protección de la infancia desvalida*”²⁷

Cabe resaltar que, conforme expresa el sociólogo Diego Conte, “*En la concepción de la época, la vagancia se consideraba como la simple falta de trabajo, domicilio y de subsistencia, circunstancia que convertía – según se pensaba en las cúpulas policiales- en una de las fuentes más fecundas para perpetrar robos y delitos*”²⁸

Como se puede apreciar, la situación personal del menor juega un rol fundamental donde, “*Su propio alto grado de vulnerabilidad los coloca en una situación desventajosa, que los hace clientes habituales del sistema de control social de jóvenes*”²⁹. Aquí, el menor hallado en desventaja, al cual refiere el autor G. Vitale, se encuentra asociado a la figura de un ser peligroso o, lo que es peor, a un delincuente y ello sin importar si su conducta se orienta hacia la comisión de un delito concreto. Respecto de ello, explica Emilio García Méndez, “*Las maneras frecuentes, sistemáticas y legales en que la pobreza es criminalizada (institucionalización, declaraciones de abandono) son el resultado objetivo de las leyes tendientes a ‘proteger a los menores’ bajo la legislación que, supuestamente, salvaguarda su bienestar, pero que constituye solo un poco más que una serie de medidas débiles para controlar los sectores considerados*

²⁷ Beloff, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, 1ª ed., 3ª reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009. Pág. 22.

²⁸ Conte, D., *Deposito policial, menores “callejeros”, vagos, abandonados y delincuentes en la ciudad de Buenos Aires (1870- 1910)*. VI Jornadas de Sociología de la UNLP, 9 y 10 de Diciembre de 2010, La Plata, Argentina. En Memoria Académica. pág. 10. Disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.5471/ev.5471.pdf

²⁹ En Osés, Nara – Vitale, Gustavo. L, *Ley de niños y adolescentes: Protección integral de sus derechos (Cuestión civil o penal)*. Un estudio sobre la ley de Neuquén, 1ª ed., Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004. pág. 57.

*socialmente peligrosos.*³⁰ De allí que los sistemas tutelares son considerados claros ejemplos de *derecho penal de autor*³¹.

Este etiquetamiento que se realiza respecto de los menores de edad, en las situaciones mencionadas, genera una sensación de inseguridad tal en la sociedad, que requiere una actuación inmediata por parte de las autoridades estatales. En este sentido, Patricia Ziffer manifiesta que, *“El problema central de una injerencia basada en la peligrosidad es que el sujeto deja de ser considerado como persona para pasar a ser visto como una ‘fuente de peligro’ que se debe neutralizar, con lo cual se plantea un fuerte conflicto con la noción de ‘dignidad del hombre’, pues, en definitiva, el sujeto es instrumentalizado en aras del interés de la comunidad”*³²

En ese afán de protección, es precisamente donde el Estado produce una mayor violencia y discriminación, dada la discrecionalidad que otorga a sus funcionarios a la hora de coaccionar, ya que son estos últimos los encargados de interpretar las vagas leyes tutelares, donde se definen categorías como “menor en situación de riesgo” o “en situación irregular”. A esto mismo refiere Julián Axat³³, diciendo que la policía ha actuado *“como verdadero órgano independiente de coerción, haciendo uso sistemático de la restricción de la libertad basado en figuras legales ambiguas, vagas y arbitrarias de carácter administrativo; instituyendo un poder*

³⁰García Méndez, Emilio. (2001), *De menores a ciudadanos: Política social para la infancia bajo la doctrina de la protección integral*. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth, *Derechos de la niñez y adolescencia: Antología*. 1ª ed., San José, Costa Rica: UNICEF. Pág. 80.

³¹ Claus Roxin, en *Derecho Penal. Parte General. Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* enseña que, “se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción”. Seguidamente, el autor de dicha obra, cita a Bockelmann, quien dice que, “Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea ‘tal’ se convierte en objeto de la censura legal” y “allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”.

³² Ziffer, Patricia S., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008. Pág. 104.

³³Abogado, ex - Defensor Oficial del Fuero de la Responsabilidad Juvenil de La Plata.

subterráneo-territorial-estigmatizante, que le permitió manipular 'la sospecha' a su antojo sobre las capas más vulnerables de la población."³⁴

Por otra parte, en lo que refiere a la función jurisdiccional y a la ejecución políticas sociales, ambas se vieron centralizadas en la figura del juez, donde el magistrado, en palabras de Fernando Horacio Pinos Guevara, se caracterizó como "*un juez-padre-protector, que hace las veces de sancionador*"³⁵. Por ende, respecto de los menores, agrega Vitale qué, "*puede hacer con ellos lo que le parezca conveniente (incluyendo encerrarlos en una cárcel), pero siempre 'en su beneficio'. 'Como te quiero te aporreo', suele decirse, aunque aquí se le dice al niño: 'como te quiero te encierro en una cárcel, pero no te preocupes, porque no se llama así (es sólo un 'hogar') y lo hago en tu beneficio*"³⁶. Esta confusión entre lo asistencial y lo penal "*Es lo que se conoce como 'secuestro y judicialización de los problemas sociales' que producen la 'invención' de la delincuencia juvenil*"³⁷.

En torno "*al lugar de cumplimiento de la pena, para este momento ya mayoritariamente representada por la pena privativa de libertad, no se establecía ningún tipo de diferencia respecto de los adultos. Las penas eran cumplidas en las mismas instituciones y con las mismas características, que las que pueden ser resumidas en dos puntos fundamentales:*

- a) Condiciones deplorables de existencia.*
- b) Duración indeterminada de la condena, en el caso de que esta última hubiera sido pronunciada.*"³⁸

³⁴ Axat, Julián, *La vida de los pibes infames*, 2009. Pág. 1. Disponible en esta dirección: <http://perio.unlp.edu.ar/observatoriodejovenes/node/122>

³⁵ Pinos Guevara, Fernando H., *Sanciones penales juveniles y privación de la libertad*. En Frega, Gerardo L. (Dir.) – Grappasonno, Nicolás (Coord.), *Responsabilidad penal juvenil: Garantías procesales penales*, La Rocca, Buenos Aires, 2010. Pág. 165

³⁶ Oses, Nara – Vitale, Gustavo I., *ob. cit.*, pág. 61.

³⁷ Beloff, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, *ob. cit.*, pág. 27.

³⁸ García Méndez, Emilio, *Prehistoria e historia del control sociopenal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina*. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. *Derechos de la niñez y adolescencia: Antología*. 1ª ed., San José, Costa Rica: UNICEF, 2001. Pág. 294.

De esta manera, en este paradigma tutelar se realizaba una “*Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del Derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derecho de todos los habitantes.*”³⁹

Por último, antes de continuar con el siguiente apartado, y de acuerdo al objeto del presente trabajo, debemos recordar que el mismo es la detención de menores por parte de las fuerzas policiales en las distintas circunstancias aquí observadas y no así, la internación de los mismos en hogares o institutos, motivo por el cual no profundizaré en este tema.

Paradigma de la Protección Integral de los Derechos del Niño:

Nociones generales.

Si bien la noción de la protección integral de los derechos del niño ha sido construida por diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en este acápite me limitaré sólo a caracterizar dicha concepción, dejando de lado el aspecto normativo, el cual será desarrollado en el siguiente apartado.

Ahora bien, este nuevo modelo se encuentra enmarcado en la escuela de la *reacción social*⁴⁰ y surge producto de la crisis del paradigma tutelar en Estados Unidos en la década del '60. Mientras que, a nivel internacional, se da en el año 1989 con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹ García Méndez, Emilio, *Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias*, ob. cit., pág. 63.

⁴⁰ Esta escuela surge de la teoría consistente en la comprensión del crimen desde la atención especial a la “reacción social” y al proceso de determinación de conductas y personas etiquetadas como desviadas, la cual es desarrollada por Howard Becker en su obra *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, en el año 1963.

Aquí, los niños son “definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de ‘menores’, incapaces, personas a medias o incompletas”⁴¹. Agrega Pinos Guevara, “sin perjuicio de que no intentamos decir con esto que el menor debe ser tratado como un mayor, sino simplemente que debe gozar de los mismos derechos y de un plus por tratarse simplemente de un menor, plus que debe ser tenido especialmente en cuenta al momento de imponerse una pena”⁴².

A diferencia del modelo tutelar, éste nuevo paradigma incorpora principios, derechos y obligaciones. Dentro de los primeros se incluyen: el principio de autonomía progresiva, el de igualdad y no discriminación, y el principio del “interés superior del niño”.

Respecto de la autonomía progresiva, ésta tiene que ver con que si bien se le reconoce al niño la calidad de sujeto de derecho, el mismo “deberá adquirir progresivamente, de acuerdo a la evolución de sus facultades, la autonomía en el ejercicio de sus derechos.”⁴³

Al referirnos al principio de igualdad y no discriminación, hacemos referencia al abandono de aquellas categorizaciones de los niños que proponía el antiguo sistema y al trato igualitario que otorga la CDN a los mismos.

Quien se encarga de desarrollar el último y más importante de los principios es también, Miguel Cillero Bruñol. El mismo dice que la CDN “Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez, o a la autoridad de que se trate, que ella no

⁴¹ Beloff, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, ob. cit., pág. 35.

⁴² Pinos Guevara, ob. cit., pág. 169.

⁴³ Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*. En Revista Pensamiento Penal, 2 de Mayo de 2011. Pág. 6.

*'constituye' soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.*⁴⁴

No obstante ello, dada la vaguedad del término "interés superior del niño", se puede dar lugar a interpretaciones incorrectas de los derechos consagrados en las distintas normativas relativas a los niños, por parte de aquellas autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Por ello, el autor referido considera que, *"Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo 3º de la Convención como una mera orientación que ampararía las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la Convención."*⁴⁵ (Cuestión que se verá reflejada en el siguiente apartado).

Sumado a estos principios, el nuevo modelo reconoce al niño el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Este tema en particular, es tratado por Baratta, quien propone realizar una interpretación dinámica y sistemática de la CDN a fin de demostrar cómo el mencionado derecho permite a los niños (sujetos de derechos / ciudadanos) participar en la democracia. En este sentido, el autor expresa *"Los adultos y las autoridades, quienes toman decisiones sobre la base de la realización de su deber de aprender de los niños, llevan a cabo una forma de representación sin mandato, pero con una responsabilidad comunicativa"*⁴⁶. De aquí podemos inferir que, el derecho a ser oído del cual gozan todos los niños, garantiza la participación de éstos en la democracia en la medida

⁴⁴ Cillero Bruñol, Miguel, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. *Derechos de la niñez y adolescencia: Antología*. 1ª ed., San José, Costa Rica: UNICEF, 2001. Pág. 39.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 40.

⁴⁶ Baratta, Alessandro, *El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático*. En: González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth. *Derechos de la niñez y adolescencia: Antología*. 1ª ed., San José, Costa Rica: UNICEF, 2001. Pág. 55.

en que sus opiniones sean consideradas por aquellos adultos y autoridades sobre las cuales pesa el deber de aprender respecto de lo escuchado.

Por otra parte, se pone en cabeza del Estado, la familia y la sociedad, la obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, quedan desjudicializadas todas las cuestiones referidas a la situación de vulnerabilidad en las que se podría llegar a encontrar una persona menor de edad, separando así, lo asistencial de lo penal.

Es por ello que, la función del juez en este modelo, no es la de “un buen padre de familia”, sino que debe ser idóneo en derecho e infancia, actuando en cuestiones de naturaleza jurisdiccional y limitados por aquellas garantías contempladas en la Constitución.

En cuanto al ejercicio de las funciones policiales, al día de la fecha se puede apreciar que los efectivos continúan aprehendiendo discrecionalmente a niños por considerarlos hallados en situación de vulnerabilidad. En relación a ello, Julián Axat dice que *“la idea genérica de ‘vulnerabilidad’ se asemeja a la interdicción-‘protección’. Ambos conceptos ambiguos que pueden o no suponer un (actual/potencial) conflicto con la ley penal. [...] Es entonces saber utilizar (como reproducción de discurso al papel) la más ‘correcta’ idea de vulnerabilidad-protección de los niños para esconder la noción ‘incorrecta’ de menor peligrosos-delincente”*.⁴⁷

A su vez, Ana Laura López y Julia Pasin, realizan un trabajo de campo en el que denotan la existencia de *“una masa normalizada de prácticas y rutinas de despliegue policial sobre territorios periféricos que incluye la orientación selectiva sobre los más jóvenes, y en el especial aquellos que, de un modo u otro, son categorizados como ‘próximos’ al delito y/o a la ‘mala vida’, expresada ésta en el consumo de drogas, la permanencia en el espacio público, la circulación en*

⁴⁷ En Julián Axat, Seguridad, *“Soluciones Ya!”: Un análisis del lanzamiento “Unidades de Prevención Juvenil” en la Provincia de Buenos Aires*, Revista Pensamiento Penal, Abril 2011. Pág. 28.

horarios nocturnos, el uso de ropa deportiva y/o gorras y la correspondencia física con el arquetipo del joven urbano, pobre y morocho.”⁴⁸

En un sentido similar, la jueza Dra. Adriana Zaratiegui al emitir su voto -en disidencia⁴⁹- en la sentencia a analizar en el presente TFG, advierte que *“la intervención policial parte de observar una persona que ‘vestía ropas oscuras, y caminaba en forma esquiva’ no encontrándose abonado ningún supuesto de desprotección que ameritara la inicial actuación policial, que detuvo a un joven a metros de su domicilio. Más bien lo que surge de tal descripción es un estereotipo de joven y esa sola descripción resulta por demás selectiva y arbitraria como fundante de una pretendida protección, que además se va a brindar en una dependencia policial.”⁵⁰*

Además, *“publicaciones de la UNICEF, dan cuenta que en todas las etapas de la justicia juvenil se presentan vulneraciones a los jóvenes, pero en especial durante el arresto y mientras los adolescentes permanecen bajo custodia policial, cuando tienen mayores probabilidades de ser víctimas de diferentes formas de maltrato, de que se dé ausencia de las personas que le pueden brindar protección como son sus padres o representantes legales, además en estas fases del proceso las niñas están más expuestas a situaciones de acoso y abusos sexuales.”⁵¹*

Por ende, parecería que en este aspecto en particular, la cuestión no ha variado respecto del modelo anterior y ello puede deberse a que *“La fuerza policial entonces, al no estar preparada en el nuevo marco normativo, actúa y priva de la libertad a menores de edad cuando la situación ameritaba contención y*

⁴⁸ López, Ana L., Pasin, J., *El eslabón policial en el control de los adolescentes y jóvenes*. En Guemureman, S., *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015. Pág. 273.

⁴⁹ Cabe recordar que este voto no será objeto de análisis por los motivos expuestos en el Capítulo I. Ver cita N° 19.

⁵⁰ Conforme punto 18 del voto en disidencia de la sentencia a analizar.

⁵¹ Unicef: *Innocenti digest*, Centro Internacional para el desarrollo del niño, 2011. En Herrera Correa, C., *Análisis de la incidencia de los procedimientos de aprehensión realizados por la policía nacional a los adolescentes vinculados al sistema de responsabilidad penal, “SRPA”, en lo pertinente a la garantía de sus derechos fundamentales, en el departamento de Caldas, período 2013 – 2014*, en Revista Pensamiento Penal, Diciembre de 2016, pág. 45.

*seguimiento ante la vulnerabilidad; es decir, frente a situaciones que no resultan ser prima facie delictivas.*⁵² *“De allí que surja el deber de extraer (sacar) estas situaciones de la égida de una comisaría, para remitirlas a Servicios de Protección de derechos en áreas administrativas del Estado vinculadas a la satisfacción positiva de derechos sociales económicos y culturales, nunca privativas de la libertad.”*⁵³

⁵² Julián Axat, Seguridad, *“Soluciones Ya!”: Un análisis del lanzamiento “Unidades de Prevención Juvenil” en la Provincia de Buenos Aires, ob. cit.,* pág. 8.

⁵³ *Ibidem*, pág. 4.

CAPÍTULO III

Aspecto normativo.

En América Latina, el primer país en instaurar un cuerpo normativo de carácter tutelar fue la República Argentina, que en el año 1.919 sancionó la ley N° 10.903 denominada Ley de Patronato de menores.

En ésta disposición de orden nacional, se facultó a los jueces (nacionales y provinciales) de los tribunales criminales o correccionales, a ejercer el patronato del Estado, proveyendo la tutela de menores atendiendo a su *“salud, seguridad, educación moral e intelectual”*⁵⁴.

Sumado a ello, la ley en cuestión habilitó a los jueces a suspender o quitar el ejercicio de la patria potestad a aquellos padres de personas menores de 18 años de edad que incurran en delitos contra su propio hijo, cuando éstos los abandonen o coloquen dolosamente en peligro material o moral⁵⁵.

Dos años más tarde, se sanciona el Código Penal argentino, en el cual se vieron receptadas normas similares (arts. 36 a 39) al régimen del patronato de menores aludido recientemente.

Luego, en 1954, *“La acentuación de las manifestaciones tutelares de la intervención judicial constituyó la característica más avanzada de la regulación normativa impuesta por la ley 14.394, concediendo a la actuación de los jueces una amplitud signada por la orientación proteccional de la tarea.”*⁵⁶

⁵⁴ Ley N° 10.903, *Ley de patronato de Menores*, 1919, art. 4.

⁵⁵ El art. 21 de la ley N° 10.903, establece que: *“se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la medicinal o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.”*

⁵⁶ D'Antonio, Daniel H.; Vitolo Daniel R., *La ley 26579: mayoría de edad- y la capacidad de los menores. Capacidad de los menores para ejercer el comercio.* 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pág. 244.

Conforme al mensaje emitido por el poder ejecutivo al Congreso, la ley N° 14.394⁵⁷, si bien “pretendió ‘*substraer a los menores del Código Penal, para ser sometidos a un régimen especial*’, siguió sin embargo incluyendo en ese régimen penal- aunque especial- al menor no imputable con carácter absoluto...”⁵⁸

En 1980, durante el gobierno de facto, se dicta la ley nacional N° 22.278⁵⁹ en la cual observamos que “*Existe una marcada identidad teleológica entre este régimen legal y las disposiciones de la ley 14.394.*”⁶⁰

Resulta pertinente poner de resalto, que esta legislación con rasgos marcadamente tutelares, continua vigente al día de la fecha, por lo que se ve cuestionada dada la falta de adecuación al paradigma de la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En el ámbito provincial, observamos que, la Constitución rionegrina de 1.988 prevé el principio de culpabilidad penal⁶¹, el cual constituye un límite al ius puniendi del Estado. Es decir, para que el Estado pueda imponer una pena a determinada persona es preciso que se la pueda culpar/responsabilizar por un hecho que motive su imposición.

Posteriormente en 1994, con la reforma de la Constitución Nacional Argentina, se incorpora el art. 75. Inc. 22, el cual otorga jerarquía constitucional a 11 instrumentos internacionales de Derechos Humanos enumerados taxativamente y prevé un procedimiento especial para conferir idéntica jerarquía a otros tratados de la misma índole.

Dentro de estos instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno, el que interesa a los fines del presente trabajo es la

⁵⁷ Ley modificada por decreto 5286/57.

⁵⁸ Mateo de Ferroni, D., *Régimen penal de menores*, Santa Fe: Ed. Juris, 2000. pág. 105.

⁵⁹ Ley denominada *Régimen Penal de la Minoridad*, reformada en 1983 por ley N° 22.803.

⁶⁰ D` Antonio, Daniel H.; Vitolo Daniel R., *ob. cit.*, pág. 245.

⁶¹ Constitución de la Nación Argentina, texto conforme reforma de 1.994, arts. 18 y 19.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁶², ya que la misma es *“en la actualidad es el máximo instrumento mundial que adopta un reconocimiento expreso y casi pleno de los derechos humanos de todos los niños.”*⁶³

Aquí se encuentra contemplado el derecho a la No Discriminación (art. 2), el principio del Interés Superior del Niño (art. 3), el Principio de Autonomía Progresiva (art. 5), el derecho a la Vida (art. 6), el derecho a Ser Oído (art.12) y el derecho al Honor (art. 16), entre otros.

Además, en el artículo 19, se observa la imposición a los Estados Partes de adoptar medidas apropiadas a fin de *“proteger al niño contra toda forma de perjuicio o de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o cualquier persona que lo tenga a su cargo.”*

Otro de los puntos importantes de la Convención, es el art. 37, en el cual se establece *“el derecho de todo niño a no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo más breve de tiempo. Se respeta así el derecho del niño a la menor intervención posible del Estado, el que sólo podrá restringir sus derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a la libertad, en virtud de una ley con las garantías de todo proceso.”*⁶⁴

En relación a esta medida, la Observación General N° 10/2007 realizada por el Comité de Derechos del Niño, en su párrafo 11 in fine, establece que *“el recurso a*

⁶² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada por Argentina mediante Ley n° 23.849, el 27 de Septiembre de 1990.

⁶³ Armella, Cristina N., Cosola, Sebastián J., *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad: Ley 36.579*, 1ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. Pág. 37.

⁶⁴ Salcedo Álvarez, María J., *Sistema penal infanto juvenil*, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000. pág. 17.

*la privación de la libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad.*⁶⁵

Como última norma relevante, aparece el artículo 40, el cual impone a los Estados Partes el reconocimiento del derecho de todo niño a ser tratado conforme el fomento de su sentido de la dignidad, a que se tenga en cuenta su edad y a promover su reintegración, cuando se alegue que éste haya infringido leyes penales, o cuando se lo acuse o declare culpable de haber infringido las mismas (inc. 1º).

En cuanto a este punto, *“los informes recibidos por el Comité indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de 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 la libertad.”*⁶⁶

Además, este art. 40 en su segundo inciso contempla una serie de garantías entre las que encontramos: la irretroactividad de la ley penal⁶⁷, la presunción de inocencia⁶⁸, el derecho del niño a ser informado sin demora, a la asistencia jurídica para su defensa, a que se dirima sin demora la causa, la imposibilidad de declarar contra sí mismo y el respeto a su vida privada en cualquier etapa procesal.

Finalmente en el inciso 4º se impone a los Estados Partes, adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad.

En torno a estos dos últimos artículos (arts. 37 y 40), el Comité de los Derechos del Niño, mediante la Observación General N° 21, dice que *“Los niños de la calle*

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño (CRC): ONU, *Observación General n° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, 25 Abril 2007, CRC/C/GC/10, párr. 11, disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org/es/docid/4ffd3c112.html>

⁶⁶ *ibidem*, párr. 13.

⁶⁷ Este principio denominado “irretroactividad de la ley penal” refiere a la imposibilidad de alegar, acusar o declarar culpable de infringir ley alguna, ya sea por actos u omisiones, que no estaban prohibidos, por las leyes nacionales o internacionales, al momento en que se cometieron.

⁶⁸ La “presunción de inocencia” consiste en que hasta tanto no se pruebe efectivamente la culpabilidad del niño de conforme a lo establecido en la ley penal, se presumirá su inocencia.

tienen más probabilidades de convertirse en víctimas, ser tratados como delincuentes y acabar ante la justicia juvenil o para adultos, y menos posibilidades de beneficiarse de medidas extrajudiciales, medidas alternativas a la detención o medidas de justicia restaurativa, ya que no pueden costear una fianza y quizá no tengan cerca a un adulto que responda por ellos. Las conductas indebidas de la policía, que pueden consistir en acoso (incluido el robo de dinero y pertenencias del niño, redadas o traslados arbitrarios, a menudo por orden de sus superiores y/o de los políticos), corrupción, extorsión (para obtener dinero o sexo) y violencia física, psicológica o sexual, constituyen vulneraciones frecuentes de los derechos que los Estados deben tipificar como delito con carácter urgente.”⁶⁹

Por otra parte, existen otros instrumentos internacionales que contemplan los mismos derechos humanos observados en la CDN, ya sea en forma general, como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (CADH) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) o de forma específica en materia de niñez, como Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (reglas de Beijing)⁷⁰, Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)⁷¹ y Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de la RIAD)⁷².

Resulta necesario aquí, rescatar el art. 19 de la CADH, en el cual se prevé que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*⁷³

A los fines de determinar si éstas medidas especiales a las que refiere la CADH constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados”, la Comisión

⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño (CRC): ONU, *Observación General n° 21: sobre los niños de la calle*, 21 de Junio de 2017, CRC/C/GC/21, párr. 60.

⁷⁰ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de Noviembre de 1985.

⁷¹ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de Diciembre de 1990.

⁷² Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de Diciembre de 1990.

⁷³ Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de Noviembre de 1969.

Interamericana de Derechos Humanos (en razón de lo que dispone el art. 64. 1 de la CADH) sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

En dicha Opinión Consultiva, por seis votos contra uno, la Corte dijo: *“que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.”*⁷⁴

Otro instrumento que no puede ser dejado de lado aquí, es la *Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*⁷⁵, ya que los Estados que han ratificado la misma (tal es el caso de Argentina), tienen la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales a fin de impedir actos de *tortura*⁷⁶ en todo el territorio nacional.

⁷⁴ Opinión Consultiva OC- 17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, OC-17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 28 Agosto 2002, pág., 85- 88, párr. 137, punto resolutivo n° 12. Disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org.es/docid/57f76e461.html>

⁷⁵ Adoptada el 10 de Diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de Junio de 1987.

⁷⁶ El art. 1.1 establece que *“se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”*⁷⁶

En lo que refiere al cumplimiento de los tales compromisos asumidos por parte del Estado Argentino, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)⁷⁷ elabora un informe⁷⁸ en Marzo de 2017, con el objetivo de poner en conocimiento del Comité Contra la Tortura, los avances, retrocesos, falencias y omisiones que se dan en dicho territorio nacional.

En el mismo, se expresa qué, *“El problema de las detenciones policiales arbitrarias o abusivas se agrava por las persistencia de normas jurídicas que le otorgan facultades a las fuerzas de seguridad para detener a personas sin orden judicial y por fuera de los supuestos de flagrancia.”*⁷⁹ Ello fundado en dos protocolos emanados del Ministerio de Seguridad de la Nación.⁸⁰

A esto hay que sumarle que el CELS, en el mismo informe, hace notar la omisión en la que incurre el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJ), por cuanto en su decisión que habilita a interceptar transeúntes con el fin de solicitarles el DNI, basándose en “el orden, seguridad pública y la prevención del delito”, no advierte la condena la condena que pesa sobre la República Argentina por tener vigentes reglamentos policiales que facultan a sus agentes a privar discrecionalmente de la libertad a las personas.⁸¹

Avanzando en el desarrollo de dicho informe, notamos que se incorpora en éste, el caso que motiva el presente trabajo. Aquí, el CELS hace saber al Comité qué, *“la sentencia habilitó a los agentes de la policía provincial a detener en ausencia de una conducta delictiva o correccional concreta, por la sola situación en la que se encontrarían los jóvenes, respondiendo además a una fórmula difusa como*

⁷⁷ Organismo no gubernamental de Derechos Humanos argentino creado en 1979, cuya función es la de promover la protección de los derechos y su ejercicio efectivo, la justicia y la inclusión social, tanto a nivel nacional como internacional.

⁷⁸ CELS, Informe: *El cumplimiento del Estado argentino de la Convención contra la tortura*. 2017. Disponible en esta dirección: <http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/05/Informe-alternativo-CAT-2017.pdf>

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 33.

⁸⁰ “Protocolo de Actuación de las fuerzas de seguridad del Estado en Manifestaciones Públicas” y “Protocolo de actuación para la Realización de Allanamientos y Requisas Personales”.

⁸¹ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos “Bulacio Vs. Argentina”, sentencia de fecha 18 de Septiembre de 2003. Disponible en esta dirección: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

*'situación de vulnerabilidad o abandono'. Además de desconocer las obligaciones internacionales del Estado argentino, la solución a la que llegan los jueces desatiende el modo en que los policías suelen desplegar sus conductas sobre los jóvenes de ciertos sectores de la sociedad y la utilización de criterios discriminatorios que aparecen incentivados por decisiones judiciales de este tipo.'*⁸²

Ahora bien, como ya se ha mencionado, en el año 1994 se da la reforma de la Constitución Nacional Argentina. A través de la misma, se incorporó el artículo 75 inc. 23, en el cual se prevé la adopción de medidas legislativas tendientes a garantizar la igualdad de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en tal Constitución, como así también en los diversos tratados internacionales de derechos humanos vigentes, particularmente respecto de niños, ancianos, mujeres y personas con discapacidad.

Vale agregar que, en esta carta magna, también se halla contemplado el principio de culpabilidad penal aludido al tratar la Constitución de la Provincia de Río Negro.

A poco más de diez años de la mencionada reforma constitucional, precisamente en 2005, se dicta la ley 26.061⁸³ a los fines de desplegar los contenidos de las CDN sobre el territorio nacional.

Por ello, de esta norma solamente rescataré lo establecido en el artículo tercero, donde nos define Interés Superior como *"la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley."*⁸⁴ Exigiendo a su vez, que se respete: su condición como sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta; el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez y

⁸² CELS, *ob. cit.*, pág. 35.

⁸³ *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.*

⁸⁴ Ley N° 26.061, *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, art. 3.

demás condiciones personales; el equilibrio entre sus derechos y garantías, y las exigencias del bien común; y su “*centro de vida*”⁸⁵.

Una situación idéntica se da en la provincia de Río Negro con la sanción de la ley D n° 4.109⁸⁶, nada más que aquí los contenidos de la CDN se ven desplegados sobre territorio de la provincia.

De esta última legislación provincial, resaltaré su art. 5 inc. a), ya que es una de las normas en conflicto del fallo a analizar. En el mismo, se pone en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, el deber de garantizar a los niños el efectivo goce de sus derechos, otorgándole a estos últimos la “prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia.”

En lo que respecta al Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro⁸⁷, el art. 103 en su inciso primero, autoriza la aprehensión del sujeto que fuera sorprendido in fraganti realizando un delito de acción pública cuya pena prevista sea la de privación de la libertad. En cuanto al delito de instancia privada, el personal policial deberá informar a quien pueda instar y de no realizar la denuncia dentro de 24hs, se deberá dejar en libertad al aprehendido (art.103).

Seguidamente, en el inc. 2º, permite la aprehensión en el momento en que una persona se disponga a intentar cometer un delito. En tanto que el 3º, la habilita cuando el autor del delito que se hallare legalmente detenido, se dé a la fuga. En todos los casos, concretada la aprehensión, el personal policial deberá informar inmediatamente al fiscal.

Es menester decir que, conforme surge del art. 5 CPPRN, se entenderá por flagrancia, aquel momento en el cual se aprehende a una persona que es sorprendida llevando adelante la comisión de un delito o inmediatamente después

⁸⁵ El art. 3 en su inc. f dice: “*se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*”

⁸⁶ Ley D N° 4109 de la Provincia de Río Negro, *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Río Negro*, sancionada el 8 de Junio de 2006.

⁸⁷ Aprobado por ley N° 5020, sancionada el 10 de Diciembre de 2014.

de dicho hecho delictivo, siempre que esté siendo perseguida por la fuerza pública, el ofendido o cualquier particular que se encuentre presente en el lugar del hecho.

En cambio, el artículo 108, nos dice que la detención debe ser una orden escrita y fundada, en la cual se encuentren los datos personales del imputado, el delito en el que cuya participación se le atribuye y la identificación del fiscal interviniente.

Este Código Procesal, impone a su vez, la obligación a la legislatura de dictar un Código Procesal Penal Juvenil dentro de los 6 meses de su entrada en vigencia (1º de mayo de 2017). A más de un año, con la referida obligación incumplida, considero de suma importancia su rápida implementación a los fines de dar cumplimiento efectivo a la adecuación normativa pregonada por la CDN y a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Mendoza⁸⁸.

Los últimos cuerpos normativos vinculados al objeto de estudio son la Ley S N° 1.965 (Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Río Negro)⁸⁹ y el Protocolo para la Atención Integral de Niños, Niñas y Adolescentes Aprehendidos en Centros de Admisión y Derivación o en Unidades de Orden Público.⁹⁰

Del primero de ellos tomaremos el art. 9 in fine, dado que el mismo resulta también cuestionado en el caso que motiva este trabajo. Por medio del mencionado artículo, se establece que los efectivos policiales deberán avisar fehacientemente, de manera inexcusable e inmediata, al organismo proteccional respecto de todos los casos en que, haciendo uso de sus facultades y ejerciendo

⁸⁸ La CIDH en su sentencia de fecha 14 de Mayo de 2013, precisamente en el punto 6 de las reparaciones impone al Estado argentino, establece : "El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, deberá difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, así como a sus familias."

⁸⁹ Ley N° 1.965 (2011), modificada en su art. 9 inc. k, por Ley S n° 4699 de la Provincia de Río Negro.

⁹⁰ Elaborado en conjunto por el S.E.N.A.F, el Ministerio de Seguridad y Justicia y el Ministerio de Salud, en Mayo de 2018.

sus funciones, se tome contacto con niñas, niños y adolescentes, a fin de resguardar los derechos de estos últimos.

Dando por finalizado el aspecto normativo, se avizora que el Protocolo continua habilitando la aprehensión de menores por parte del personal policial sin orden judicial. Si bien aquí los efectivos deben trasladar al menor de inmediato al Centro de Admisión y Derivación (CAD), empleados del S.E.N.A.F manifiestan que *“desde que se lo aprehende hasta que se produce la efectiva derivación el menor es paseado en el patrullero durante 40 minutos”*⁹¹.

⁹¹ En cuanto al nombre del empleado del S.E.N.A.F considero pertinente no revelarlo a los fines de no ocasionarle inconveniente alguno. Los dichos vertidos por éste se dieron en el marco del foro/debate *“CO responsabilidad penal juvenil, mediación y justicia restaurativa”* organizado por la secretaria de DDHH de la Municipalidad de Viedma, llevadas a cabo el 12 de Septiembre de 2018, en el Aula 15 de la Universidad del Comahue.

CAPÍTULO IV

Análisis de la Fuente de Estudio.

En este capítulo se analizarán los argumentos utilizados por el juez Ricardo Aparcian a la hora de emitir su voto respecto del caso “DRA. ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA –DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/ CASACIÓN” (Expte. N° 28317/16-STJ-). Vale la pena recordar que la elección de este Voto se debe a que el mismo es el que hace a la mayoría, ya que adhirieron a éste los jueces Barotto, Piccinini y Mansilla, quedando como único voto en disidencia el de la Dra. Zaratiegui.

Para llevar adelante el presente, optaré por citar fragmentos que surjan de los dichos vertidos por el sentenciante a los efectos de contrastarlos con el marco teórico confeccionado. Ello a fin de intentar develar si los argumentos utilizados por el magistrado, se condice o no en todos los supuestos, con lo pregonado por el paradigma actual de la Protección Integral de los Derechos del Niño.

Adentrándonos en el análisis, se puede apreciar en el marco teórico ofrecido respecto del paradigma tutelar, que Beloff refiere a la “protección de la infancia desvalida” como fundamento para detener a “menores”⁹² que se encuentren *vagando*⁹³ o *en situación de abandono*⁹⁴.

A su vez, García Méndez, en relación al mismo paradigma hace referencia a la criminalización de la pobreza, diciendo que la misma se da producto de las leyes que tienden supuestamente a “proteger a los menores” cuando en realidad se encubren medidas para controlar menores peligrosos, problema al que también alude Patricia Ziffer.

⁹² En los términos expresados por García Méndez, ver cita N° 26.

⁹³ Entendiendo por vagancia lo definido por Conte, ver cita N° 28.

⁹⁴ Termino definido en cita N° 55.

Sumado a esta concepción del modelo antiguo, notamos que J. Axat asemeja la idea actual de “vulnerabilidad” a aquella concepción arcaica de “protección”.

Por su parte, López y Pasin demuestran en su trabajo, que el despliegue policial es discriminatorio respecto de los niños, niñas y adolescentes, por lo que se ve vulnerado el principio de igualdad y no discriminación.

A ello se agregan las violaciones que sufren los mismos en sus derechos, durante el arresto y mientras permanecen bajo custodia del personal policial, conforme surge de las publicaciones de UNICEF y de la Observación General N° 10. La referida cuestión puede asociarse a la idea expuesta por Vitale donde el menor, por su alto grado de vulnerabilidad, es convertido en cliente habitual del sistema de control social.

En virtud de lo hasta aquí referenciado, me permito disentir con el Juez Aparcian, por cuanto, al discrepar con el aquo, entiende que este último ***“parte de la premisa que demorar a un niño para protegerlo es una falacia, pues cuando es trasladado por agentes policiales y llevado a la oficina tutelar se encubre una finalidad discriminatoria, en la mayoría de los casos, distinta a la contemplada por la ley -proteccional-; cuestión que, en mi opinión, no ha quedado debidamente acreditada en autos.”***⁹⁵

Parecería que aquí, el juez del voto tratado y sus adherentes, se desentienden de la realidad social, de lo que tiene dicho la doctrina y de lo que se ha expresado en las Observación General N° 10 para justificar, en todos los casos, que el accionar policial se adecua al paradigma actual. Cuestión por la cual, más adelante en el presente trabajo, analizaremos caso por caso.

Por otra parte, al remitir a lo expresado en la Opinión Consultiva 17/2002, notamos que la conducta que habilita la intervención estatal (en este caso la policía), debe hallarse descrita en la ley penal y otros casos como el desvalimiento deben ser atendidos diferenciadamente. De allí que Axat considere conveniente excluir estas

⁹⁵ Conforme primer voto de la sentencia analizada, punto 11.

situaciones de la egida de la policía, dejando a cargo de las mismas a los servicios de protección.

Además, en el marco teórico brindado, se avizora que el CELS considera que el problema de las detenciones arbitrarias o abusivas se ve agravada por las normas que autorizan detenciones “sin orden” y por fuera de los supuestos de flagrancia. Por lo que, el mencionado organismo recuerda la condena que pesa sobre la Argentina por el fallo “*Bulacio*”.

Adicionalmente, se aprecia que el CELS cuestiona la sentencia aquí analizada, por considerar que en la misma se desatiende el modo en que la policía suele desplegar sus conductas sobre los jóvenes de ciertos sectores.

Por lo hasta aquí reseñado, puedo decir que el voto de la mayoría realiza una lectura errónea de lo sentenciado por la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma al decir que ***“la afirmación del a-quo no se condice con las facultades que surgen del ordenamiento vigente (Leyes D n° 4109 y S n°1965), en tanto destaca que no es la policía la competente para proteger los niños en situación de desamparo, sino exclusivamente los organismos protectores del Estado. A su vez yerra al considerar que la actuación policial en general tiende a limitar libertades, fundamentalmente ambulatorias de los niños, niñas y adolescentes, justificando dicha limitación en el art. 5 de inc. a) de la ley D n° 4109.”***⁹⁶

Otra de las cuestiones que se debe tener en cuenta, es el conjunto de legislaciones que rigen en materia de niñez y adolescencia, partiendo de la base de que los instrumentos internacionales referenciados en el capítulo anterior gozan de jerarquía constitucional luego de la reforma del '94. Vale decir que, si bien en estos instrumentos no se establece expresamente en qué circunstancias la policía, debe o no, detener a menores de edad, surge (como ya hemos mencionado) de la doctrina, de la jurisprudencia, de la OC 17/2002, de la OG N°10

⁹⁶ *Ibidem*, punto 15.

y de la OG N° 21⁹⁷, que por fuera de los supuestos de flagrancia, sin la respectiva orden judicial y bajo la supuesta protección de menor en situación de vulnerabilidad, que los efectivos policiales no deberían ejercer esta facultad dada la discrecionalidad que se otorga a dichos funcionarios.

También hay que tener en cuenta que la CDN, establece que se debe atender primordialmente al interés superior del niño, definido el mismo por la ley 26.061 y entendiendo este “como una garantía de la vigencia de los demás derechos”⁹⁸, por lo que las autoridades encargadas de aplicar la ley, se ven limitadas por los derechos contemplados en los diversos tratados internacionales de derechos humanos.

Lo argumentado recientemente me lleva nuevamente a discrepar respecto del voto adoptado por mayoría, por cuanto considera que **“la decisión impugnada realiza un análisis parcializado, sin interpretar de modo congruente el complejo plexo que regula la protección de niñas, niños y adolescentes, realizándose una lectura dogmática sobre la base de una particular y antojadiza apreciación de las circunstancias fácticas.”**⁹⁹ Recordemos que, en la decisión referida, el juez Bustamante, ordenó el cese del accionar policial en virtud de considerar que sus funcionarios no son competentes para proteger a los niños en situación de desamparo, ya que en general tienden a limitar la libertad ambulatoria de los mismos.

Por ende, pienso que, entender que la ley D n° 4.109 y el art. 9 in fine de la ley S N° 1.965 son complementarias (según surge de los dichos de Apcarian), sin tomar en consideración lo establecido en normas superiores o lo que se desprende de dichos instrumentos, resulta exactamente lo contrario a interpretar de modo congruente el complejo plexo normativo.

⁹⁷ Es menester decir que esta OG N° 21 es posterior a la sentencia a la sentencia aquí analizada.

⁹⁸ Conforme Cillero Bruñol, ver cita N° 44.

⁹⁹ Conforme primer voto de la sentencia analizada, punto 17.

Ello es así, ya que entenderlo de manera contraria sería, en palabras de Axat, saber utilizar la más correcta idea de “Vulnerabilidad-protección de niños” para esconder la noción incorrecta de “menor peligroso-delincuente”. Esto, conllevaría al desconocimiento del niño como sujeto de derecho, devolviéndoles la calidad de objeto de protección, de persona incapaz.

Una vez más, estoy convencido que la opinión esgrimida por la mayoría de los votantes en el caso en cuestión resulta desacertada, por cuanto manifiesta que ***“una interpretación razonable y armónica de la ley permite concluir que el factor de convergencia entre ambas normas puede considerarse comprendido en que el accionar policial, que representa también el accionar estatal, debe “proteger” al menor involucrado, cumpliendo con la finalidad de dar seguridad, especialmente en cuanto se refiere a su protección, procediendo a la asistencia y dando inmediato aviso al organismo proteccional competente (promoción familiar, Poder Judicial, entre otros) y familiar a cargo (acta de entrega) resguardando los derechos y garantías de los niños niñas y adolescentes.”***¹⁰⁰

Posteriormente, en lo que respecta al conjunto de casos que constan en las actuaciones sometidas a decisión, quien emite el voto objeto de análisis sostiene que ***“de la lectura del escrito inicial y de la sentencia impugnada, confrontados con la documental incorporada en autos (fs. 1 a 8) no se advierte cercenamiento alguno a la libertad ambulatoria de niñas, niños y adolescentes, que respondan a motivos ilegales, arbitrarios e inconstitucionales.”***¹⁰¹

A pesar de ello, continuo creyendo pertinente revisar cada uno de estos casos, a fin de dar respuesta a los interrogantes planteados al comienzo del presente trabajo.

¹⁰⁰ *Ibidem*, punto 24.

¹⁰¹ *Ibidem*, punto 32.

Resulta uniforme, doctrinaria como normativamente, que quien se encontrare in fraganti cometiendo un delito puede ser aprehendido por la policía. Asimismo, claro está que, una persona puede ser detenida en virtud de una orden judicial escrita y fundada. Ello es así, ya que en el paradigma actual, no se concibe al juez como un “padre-protector”¹⁰², ni puede hacer con los niños lo que él crea conveniente¹⁰³, sino que debe actuar en cuestiones de naturaleza jurisdiccional limitado por las garantías constitucionales.

Estas circunstancias parecen darse en el primero de los casos, del cual **“surge que los jóvenes M.C.F. y C.N.S. tuvieron varios ingresos a la Oficina Tutelar respectiva, con intervención del Juzgado de Instrucción N° 2 (por encubrimiento, denuncia sobre secuestro de motovehículo, por daños, hurto en grado de flagrancia, atentado y resistencia a la autoridad, infracción artículo 104 C. Penal, tercer párrafo). Y con intervención del Juzgado de Instrucción N° 4 (por hurto en grado de flagrancia, tentativa de robo).”**¹⁰⁴

En este caso concreto, se puede decir que la decisión adoptada por mayoría parece correcta, ya que no se advierte ilegalidad o arbitrariedad al momento de la aprehensión o detención.

Seguidamente, al referir al informe N° 238 DS-OT del 30-03-15 -obrante a fs. 2- Ricardo Aparian sostiene que **“surge que algunos de los ingresos se produjeron por infracción a la ley penal”**¹⁰⁵.

Aquí me parece pertinente detenerme en la palabra **“algunos”**, ya que la misma denota que el juez del voto analizado y quienes adhieren a este, tomaron total conocimiento de las circunstancias en las cuales el menor fue aprehendido y de la cual se puede inferir que otros ingresos del menor en cuestión, no fueron producto

¹⁰² Conforme lo expresado por Pinos Guevara. Ver cita N° 35.

¹⁰³ Según surge de los dichos de G. Vitale. Ver cita N° 36.

¹⁰⁴ Conforme Oficio N° 63 DS-OT del 27 de Enero de 2015, citada en el punto 34 del primer voto de la sentencia analizada.

¹⁰⁵ Conforme primer voto de la sentencia analizada, punto 35.

de infracción alguna a la ley penal, lo que evidencia un etiquetamiento sobre su persona, la cual puede verse marcada por conductas anteriores, por el barrio en el cual se sitúa o por la vestimenta utilizada. Estas cuestiones de índole discriminatoria que hacen a la discrecionalidad con la que actúa la fuerza policial, vulneran los principios de culpabilidad penal, interés superior y el derecho a la libertad ambulatoria.

De acuerdo con ello, trayendo a consideración el marco teórico referenciado en el capítulo anterior, me permito decir que, avalar normas que amparen tal ejercicio de funciones policiales basadas en figuras legales vagas, ambiguas y arbitrarias, no se condicen con lo pregonado por el paradigma de la protección integral.

Respecto del mismo joven, el juez del voto estudiado continúa diciendo, que éste ***“le lanza al Oficial Lucero, un golpe de puño, en el cual se lo retiene, procediéndose a su inmovilización rápida, a los fines que desista de su acción indebida (...). Que ignorando tal solicitud, seguidamente es abordado al móvil policial (...);” dejándose constancia que en la Oficina Tutelar se hizo entrega del menor a su progenitora con el certificado médico correspondiente.*”¹⁰⁶**

Habiendo quedado demostrado que el menor ha sido encasillado por la policía como delincuente, resulta difícil dilucidar cuál fue el motivo que ocasionó la conducta indebida del niño. Sin perjuicio de ello, considero que el problema de fondo radica en la contención que debe otorgarse al mismo. Contención que los instrumentos internacionales estudiados ponen en cabeza de la familia, de la sociedad y del **Estado** (lo que no quiere decir que dicha función sea de la competencia de la policía, sino más bien de los organismos sociales de protección).

Podemos advertir que aquí se judicializa la pobreza, ya que si concebimos a la policía como primer eslabón de la cadena punitiva, permitir esta actuación

¹⁰⁶ Conforme Acta de procedimiento tutelar del 28 de abril de 2015, citada en el punto 35 del primer voto de la sentencia analizada.

discrecional podría devenir en causas armadas a los fines de controlar “sectores considerados socialmente peligrosos”, conforme surge de lo expresado por García Méndez.

En cuanto al Oficio N° 324 DS-OT del 06 de mayo de 2015 -obrante a fs. 4, quien emite el voto aquí estudiado, **“observa que el joven fue trasladado a la Oficina Tutelar a fin de proceder al resguardo, procedimiento tutelar de rigor y posterior entrega a sus progenitores.”**¹⁰⁷

Quedándonos en este caso con la palabra **“resguardo”**¹⁰⁸, podemos deducir que el menor se encontraba en riesgo o poniendo a terceros en esa situación. Si bien aquí, la aludida palabra por sí sola siembra dudas respecto de si se trata de una efectiva puesta en peligro para su persona o la de terceros o, por el contrario, si se encubre una nueva actuación discrecional de los agentes policiales, me inclino por considerar acertada la decisión adoptada por los jueces del voto mayoritario, dado que el valor preciado de la vida de una persona (en este caso un niño) puede haberse visto realmente en peligro.

En cambio, en el caso del Oficio N° 16 DI-SER del 28 de abril de 2015, obrante a fs. 5, donde el juez redactor del voto manifiesta que **“el joven fue trasladado a la Oficina Tutelar a los fines del resguardo de su integridad física”**¹⁰⁹, se visualiza que el niño efectivamente corría riesgo en su persona o en su vida. Por lo que es de mi consideración que, en este caso, resulta atinado el análisis realizado por el juez, por cuanto la vida del niño se encontraba en riesgo.

Finalmente, según surge del Acta de Entrega de Menor del 11 de junio de 2015, se da idéntica situación a la mencionada recientemente, por lo que analizar la misma sería redundar.

¹⁰⁷ Conforme primer voto de la sentencia analizada, punto 35 in fine.

¹⁰⁸ Definida ésta por la RAE como: *defender (amparar)*.

¹⁰⁹ Conforme primer voto de la sentencia analizada, punto 36.

CONCLUSIONES.

Teniendo en cuenta el estado de crisis e incertidumbre que atraviesa el derecho a la libertad personal/ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes de la provincia de Río Negro, por cuanto la policía de dicha provincia se halla facultada a ejercer aprehensiones, sin orden judicial, en pos de la protección de los mismos, conforme surge de la sentencia “DRA. ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA – DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/ CASACIÓN” (Expte. N° 28317/16-STJ-), resultaba necesario dar respuestas al objeto de análisis, el cual consistía en determinar ¿en qué supuestos los argumentos esgrimidos por la mayoría para habilitar dicha aprehensión se condicen con el paradigma actual de la Protección Integral de los Derechos del Niño?

En cuanto a la estructura del trabajo, el mismo ha sido dividido en 4 capítulos, lo que me permitió realizar un examen de cada una de sus partes con el fin de obtener una solución al problema presentado. En el primero de ellos, se procedió a presentar la fuente a analizar, la cual surgió producto de un recurso de casación interpuesto, ante el STJ de la provincia de Río Negro, por los Drs. Julián Fernández Eguía y Sebastián Racca, en representación de la Fiscalía de Estado de dicha provincia.

Luego, en el segundo acápite, se dio lugar a la exposición del marco teórico, por lo que se debió citar distintos autores vinculados al ámbito jurídico-social, a los fines de dar sustento al posterior análisis. En este sentido, se tomaron aportes de García Méndez, quien nos explicó que la manera más frecuente de criminalización de la pobreza se da producto de leyes que tienden supuestamente a “proteger a los menores”¹¹⁰ y de Beloff, la distinción conceptual del “niño”¹¹¹ en los paradigmas expuestos, entre otros autores como Cillero Bruñol, A. Baratta, etc.

¹¹⁰ Conforme a lo expresado en la cita N° 30.

¹¹¹ *Ibidem*, N° 41.

Posteriormente, en el tercer apartado, se reseñó la evolución normativa desde comienzos de siglo XX hasta la fecha, periodo en el cual se hallan comprendidos los dos paradigmas estudiados. A su vez, a fin de lograr un mayor entendimiento de las diversas legislaciones, hemos recurrido a las interpretaciones realizadas por: la CIDH, en la OC 17/2002; el Comité de los Derechos del Niño, en la OG 10/2007 y 21/2017; el CELS, en su Informe elevado al Comité contra la Tortura; y las sentencias de la CIDH en los casos “Bulacio” y “Mendoza”.

Por último, en el cuarto capítulo, se realizó el análisis de la fuente de estudio escogida para la realización del presente TFG. En este se pudo apreciar, por un lado, que los argumentos utilizados en el voto adoptado por la mayoría para contrariar la decisión del aquo, tuvieron sustento en la complementariedad de normas provinciales (art. 9 in fine de la ley S N°1.965 y art. 5 inc. a) de la ley D N° 4.109), sin hacer una real interpretación armónica del conjunto de normas nacionales e internacionales que rigen en materia de niñez, así como tampoco se recurrió a la doctrina ni a la jurisprudencia. Y, por el otro, que la justificación adoptada en dicha sentencia respecto de cada caso particular, puso de manifiesto que en un caso particular¹¹² la policía actuó discrecionalmente al aprehender al menor hallado “supuestamente” en situación de vulnerabilidad.

En tanto que, en el resto de los casos, lo analizado por el juez del STJ se ajusta a lo regulado en la CDN, instrumento del cual surge la calidad actual del niño como sujeto de derecho y su eventual responsabilidad penal, siempre que se den los supuestos legales requeridos y mediante un procedimiento en el que se garanticen todos sus derechos. A esto hay que sumarle los casos en los que la vida del menor se vio en peligro, encontrándose el derecho a la vida ampliamente contemplado los diferentes instrumentos internacionales.

Por lo expuesto, puedo afirmar que los argumentos utilizados en el voto de la mayoría, para contrariar lo sentenciado por la Sala B de la Cámara en lo Criminal

¹¹² Conforme surge del Informe N° 238 DS-OT del 30 de Marzo de 2015, citado en el punto 35 del primer voto de la sentencia analizada.

de Viedma, resultan desacertados por cuanto evidencian una errónea interpretación del complejo plexo normativo vigente.

A su vez, se puede sostener que la aprehensión de niños efectuada por personal policial, sin orden judicial, realizada esta bajo el amparo de las normas locales que permiten ejercer dicha facultad, “en cualquier circunstancia”¹¹³ y en pos de la protección de los mismos, no se condice con lo pregonado por el paradigma actual de la Protección Integral de los Derechos del Niño, dada la discrecionalidad de dicho accionar. En cuanto al resto de los supuestos, estimo que los mismos encuadran dentro de dicho paradigma.

Por este motivo, considero necesaria y de suma urgencia, la sanción e implementación de un Código Procesal Penal Juvenil, en el cual se regule con claridad la situación crítica a los fines de lograr superar, al menos en el aspecto que se ha manifestado en el presente trabajo, el estadio transicional o período de “ciencia normal”¹¹⁴ en el que se encuentra el paradigma la Protección Integral.

¹¹³ Conforme art. 5 inc. a) de la ley D N° 4.109.

¹¹⁴ En términos de Thomas S. Kuhn, quien considera que luego de la “revolución científica” (lo que implica un cambio de paradigma), el nuevo paradigma siempre es lo suficientemente impreciso como para que se produzcan intentos de articulación del mismo con la finalidad de mejorarlo a través de evidencias empíricas. Conforme surge de la ya citada obra “*La Estructura de las Revoluciones Científicas*”.

Fuente.

- “DRA. ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA –DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/ CASACIÓN” (Expte. N° 28317/16-STJ-)

Bibliografía.

- 1) Armella, Cristina N.; Cosola, Sebastián J., *Abordaje teórico – práctico del adelantamiento de la mayoría de edad: Ley 26579*, 1ª ed. – Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.
- 2) Axat, Julián, *La vida de los pibes infames*, en Observatorio de Jóvenes de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata, 2009. Disponible en esta dirección: <http://perio.unlp.edu.ar/observatoriodejovenes/node/122>
- 3) Axat, Julián, Seguridad, “Soluciones Ya!”: *Un análisis del lanzamiento “Unidades de Prevención Juvenil” en la Provincia de Buenos Aires*, en Revista Pensamiento Penal, Abril de 2011.
- 4) Becker, Howard S., *Outsiders; Studies in the Sociology of Deviance*. London, Free Press of Glencoe, 1963.
- 5) Beloff, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, 1a ed., 3a reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.
- 6) CELS, Informe: *El cumplimiento del Estado argentino de la Convención contra la tortura*, 2017.
- 7) Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*. En Revista Pensamiento Penal, 2 de Mayo de 2011.
- 8) Código Civil de la República Argentina.

- 9) Código Civil y Comercial de la Nación. – 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.
- 10) Código Penal (1921).
- 11) Código Procesal Penal de la Nación. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.
- 12) Comité de los Derechos del Niño (CRC): ONU, *Observación General n° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, 25 Abril 2007, CRC/C/GC/10.
- 13) Comité de los Derechos del Niño (CRC): ONU, *Observación General n° 21: sobre los niños de la calle*, 21 de Junio de 2017, CRC/C/GC/21.
- 14) Constitución de la Nación Argentina, texto según la reforma de 1994, ed. OCEANO.
- 15) Constitución de la Provincia de Río Negro (1988).
- 16) Conte, D., *Deposito policial, menores "callejeros", vagos, abandonados y delinquentes en la ciudad de Buenos Aires (1870- 1910)*. VI Jornadas de Sociología de la UNLP, 9 y 10 de Diciembre de 2010, La Plata, Argentina. En Memoria Académica. Disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.5471/ev.5471.pdf
- 17) D`Antonio, Daniel H.; Vitolo Daniel R., *La ley 26579: mayoría de edad- y la capacidad de los menores. Capacidad de los menores para ejercer el comercio*. 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- 18) García Méndez, Emilio y Beloff, Mary A. (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá / Buenos Aires, Temis / Depalma, 1998.

- 19) García Méndez, Emilio, *Infancia y democracia en la Argentina: la cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*. – 1ª ed. – Buenos Aires: Del Signo, 2004.
- 20) García Méndez, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Buenos Aires: Editores del puerto S.R.L, 1998.
- 21) González Oviedo, Mauricio; Vargas Ulate, Elieth, *Derecho de la Niñez y Adolescencia: Antología*, 1ª ed., San José, Costa Rica: Unicef, 2001.
- 22) Herrera, Correa Carmenza, *Análisis de la incidencia de los procedimientos de aprehensión realizados por la policía nacional a los adolescentes vinculados al sistema de responsabilidad penal, "SRPA", en lo pertinente a la garantía de sus derechos fundamentales, en el departamento de Caldas, período 2013 – 2014*, en Revista Pensamiento Penal, Diciembre de 2016.
- 23) Kuhn S. Thomas, *Estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México 1995.
- 24) Lerner, Bernardo (Director), *Enciclopedia Jurídica OMEBA: Tomo XIX*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1964.
- 25) Lionetti, Lucia; Miguez, Daniel, *Las Infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1890-1960)*. Buenos Aires (Argentina): Prohistoria, 2010.
- 26) Lloveras, Nora; Faraoni, Fabián, *La mayoría de edad argentina: análisis de la ley 26579/2009*, Córdoba: Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, 2010.
- 27) López, A., Andersen, J., Pasin, J., Suárez, A. y Bouilly, R., *Estrategias de gobierno del territorio urbano: hostigamiento y brutalidad policial sobre los jóvenes en la provincia de Buenos Aires*. En Mesa de trabajo n° 37 Sistema Penal y Derechos Humanos. IX Jornadas de Sociología de la UBA. Carrera de Sociología de la (UBA) Buenos Aires, Argentina, Agosto 2011.

- 28) López, Ana L., Pasin, J., *El eslabón policial en el control de los adolescentes y jóvenes*. En Guemureman, S., *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- 29) Mateo de Ferroni, Delia, *Régimen penal de menores*, Santa Fe: Ed. Juris, 2000.
- 30) OEA: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de Noviembre de 1969.
- 31) ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 Noviembre de 1989, United Nations.
- 32) ONU: Asamblea General, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 10 Diciembre 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465.
- 33) Opinión Consultiva OC- 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, OC-17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 28 Agosto 2002.
- 34) Osés, Nara y Vitale, Gustavo L., *Ley de niños y adolescentes: protección integral de sus derechos: cuestión civil y penal*, 1º edición, Bs. As.: Fabián J. Di Plácido, 2004.
- 35) Pinos Guevara, Fernando H., *Sanciones penales juveniles y privación de la libertad*. En Frega, Gerardo L. (Dir.) – Grappasonno, Nicolás (Coord.), *Responsabilidad penal juvenil: Garantías procesales penales*, La Rocca, Buenos Aires, 2010.
- 36) Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 176 y sig.
- 37) Salcedo Álvarez, María José, *Sistema penal infanto juvenil*, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000.

38) Ziffer, Patricia S., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, 1ª Ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.