

**INTERPONE HABEAS CORPUS PREVENTIVO – SOLICITA
DECLARE INCONSTITUCIONALIDAD – ACOMPAÑA
DOCUMENTAL Y PETICIONA DILIGENCIE PRUEBA – EN
SUBSIDIO RECONDUZCA POR LA VÍA DEL AMPARO Y
ORDENE MEDIDA CAUTELAR URGENTE- RESERVA CASO
FEDERAL.-**

Sr. Juez en lo Contencioso Administrativo N° 1

Dr. Luis Federico Arias:

Julián Axat, Defensor Oficial ante el Fuero de la Responsabilidad Juvenil de este Departamento Judicial de La Plata; a VS, me presento y respetuosamente digo:

I.- **Objeto.-**

Que en función del interés que legalmente represento, vengo a interponer formal **ACCIÓN DE HABEAS CORPUS**, conforme establecen los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional, arts. 16 y 20 de la Constitución Provincial en virtud de la amenaza actual, inminente y potencial que padecen **todos los niños, niñas y jóvenes de este departamento judicial de La Plata**, en razón del cercenamiento e ingerencia a la libertad ambulatoria con motivo de ilegales, arbitrarias y/o inconstitucionales **figuras y/o actos policiales** sin el debido control judicial del fuero especializado, conocidas como **a)“contravenciones”** aplicadas a menores de edad (arts. 19, 24, 128 del Decreto- ley 8031/73); **b)“detención por averiguación de identidad”** aplicadas también a menores de edad (art. 15 ley 13482); o los casos de **c)** aprehensión -en principio injustificada- pero registrada con posterioridad bajo el lema **“entrega a menor”** (vía de hecho administrativa); y **d)**

“las capturas o averiguaciones de paraderos de menores no actualizadas”.-

Todas ellas, -reitero- ponen en potencial riesgo la libertad ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes de este Depto. Judicial, a la vez que vulneran claramente garantías de rango constitucional que protegen a la infancia (art. 3, 12, 37, 40 de la CIDN, art. 75 inc. 22, 16, 18,19 CN; 16, 18, 19; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

Como puede apreciarse, la presente acción plantea la necesidad urgente de armonizar normas de carácter administrativo coercitivas y practicas de antigua prosapia, afincadas en el Poder de Policía del Estado (Viejos Decretos-ley de Facto, como la ley 8031-73 o facultades de índole administrativo-preventivo-policial como la ley 13482, o actos cotidianos funcionales), con el plexo penal vigente minoril, especialmente a partir del ingreso a la orbita constitucional y local de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22) y de las leyes sancionadas en su consecuencia (ley 13298 y 13634).-

Tanto el derecho administrativo como el penal, pertenecen a la órbita del derecho público, derecho del estado, del soberano. A partir del propio devenir histórico, éste ha mutado conforme las formas de gobierno imperantes. Acompañando tal raconto en materia penal, puede señalarse un giro del proceso inquisitivo al modelo acusatorio y garantista, acorde con es afianzamiento del estado de derecho, y los consiguientes avances en materia de derechos individuales y colectivos. Va de suyo que el cambio de paradigma planteado en el sistema minoril, ***Sistema de promoción y Protección de derechos***, responde a idénticas necesidades de actualizar el derecho administrativo, derogando aquellas normas que lo hacen incompatible o de difícil convivencia.-

Que en este sentido solicito se haga lugar a la presente acción de Habeas Corpus Preventivo, declarándose inconstitucionales los supuestos o las figuras aludidas, como así toda acción o practica ilegal que motivado -en esas u otras figuras o vías de hecho administrativas- pongan en juego la libertad ambulatoria de los niños, niñas y jóvenes de este Departamento Judicial de La Plata; ello de modo incompatible con la vigencia de principios rectores fundantes del nuevo Sistema de Promoción y Protección Integral de los derechos del Niño (Convención Internacional de los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22; especialmente Leyes 13.298 y 13634).-

Subsidiariamente, y en caso que VS. estime que la vía escogida del Habeas Corpus Preventivo no resulta la adecuada o pertinente, se solicita se de curso a la presente por vía de Acción de Amparo, por lo que -en tal caso- se solicita disponga una medida cautelar que suspenda de inmediato los efectos de la normativa y los actos cuestionados, ello hasta tanto resuelva el fondo traído (arts. 14, 14bis, 17, 18, 75 inc. 22 de la C.N.; arts. 20 inc. 2º de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; art. 1 y sgts. de Ley 7166; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño (CIDN).-

II.- **Procedencia**.-

Entiendo que la vía escogida por esta parte para prevenir e impugnar el inminente, actual y/o potencial cercenamiento de la libertad de personas menores de 18 años de edad, resulta procedente, ello en virtud de su explícita consagración constitucional del instituto del habeas Corpus (arts. 20 inc. 1º de la Constitución Provincial, y 43 de la Constitucional Nacional), sino por la amplia función de protección a la afectación de las

garantías constitucionales receptadas por la jurisprudencia y que **cualquier juez debe resguardar.**-

Pero además, existen normas también de jerarquía constitucional que imponen al Estado la instrumentación de mecanismos ágiles y rápidos de revisión de todas las decisiones sobre privaciones de libertad, sean estas de índole administrativa como jurisdiccional (arts. 9 inc. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos, y art. 7 inc. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos).-

III.- Fundamentos.-

III.1) A modo de Introducción.-

A nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una posición de "desventaja y mayor vulnerabilidad" frente a otros sectores de la población, y por enfrentar necesidades específicas. En ese sentido se pronuncia la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1959. Sin embargo, fue hasta 1989, con la Convención sobre los Derechos del Niño, que se dio "una verdadera transformación cualitativa en la interpretación, comprensión y atención de las personas menores de edad, y por consiguiente en su condición social y jurídica". Dicha Convención que tiene aprobación por nuestro país en 1990 y con raigambre constitucional desde 1994 conforme art 75 inc. 22; contiene una serie de principios y disposiciones relativos a la protección de los niños y constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia. En particular, contempla la necesidad de atender el interés superior del niño, la regla de que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y la posibilidad de que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; los niños infractores de la

ley deben ser tratados "de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y la importancia de promover una función constructiva en la sociedad".

Con la Convención sobre los Derechos del Niño, entonces, se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención "proteccionista" o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre "niños", que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y "menores", que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban por lo tanto, en una "situación irregular". Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición de menores, y la figura del "juez tutelar" sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño.

Esta Convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino. En materia penal, específicamente, significó el cambio de una jurisdicción tutelar a una punitivo-garantista, en la cual, entre otras medidas, se reconocen plenamente los derechos y garantías de los niños; se les considera responsables de sus actos delictivos; se limita la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable; se amplía la gama de sanciones, basadas en principios educativos; y se reduce al máximo la aplicación de las penas privativas de la libertad.-

Que de este modo y conforme la implementación de las transformaciones mencionadas en los párrafos precedentes, con fecha 15 de Julio de este 2008 se dió inicio al Fuero de la Responsabilidad penal Juvenil en la Pcia. de Buenos Aires

conforme leyes 13.298 de Protección Integral de los Derechos del Niño y 13.634 (texto según Ley 13797); resoluciones de implementación SCBA Nº 1287/08 y por Decreto del Poder Ejecutivo Nº 981/08, Acuerdo implementación 3381; todo ello de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, incorporada art. 75 inc. 22 de la CN en el año 1994.-

Con ello se da comienzo a un proceso de transformación radical respecto del paradigma histórico instaurado por el decreto-ley 10.067/83 en relación a la Ley 22.278 y sus anteriores,, caracterizado por el marcado sesgo tutelar que detentaba el desempeño judicial.-

En tal sentido los arts. 3, 12, 37 y 40 de la C.I.D.N. Resultan principios fundamentales, que no pueden obviarse en cualquier proceso en el que se encuentre involucrado un menor de edad. De allí la importancia de los arts. 3, 5,6, 32, 33, 36, 38, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y sgts.; como así también los principios generales que dan curso y operativizan el marco de las políticas públicas que implican la Promoción y Promoción Integral de los derechos de todos los niños que pisan el suelo de la Pcia. de Buenos Aires (arts. 4, 6, 11, 12, 14,15, 18, 19, 20, 37 de la Ley 13.298).-

Que a poco de iniciado el cambio mencionado advertimos que si bien el bloque normativo Patronato-tutelar de la infancia (decreto-ley 10.067/83) de ésta Pcia. se encuentra expresamente derogado (y consecuentemente suplantado), todavía subsisten y conviven pacíficamente en su interior, rémoras e intersticios normativos- administrativos de raigambre tutelar contrarías a la C.I.D.N. y a los más básicos derechos humanos de la infancia, que colocan en cabeza del poder policial local potestades discrecionales y laxas para con los menores, fuera del alcance de todo control de legalidad judicial, poniendo en severo riesgo la libertad ambulatoria de los mismos.-

III. 2) Los hechos recabados por esta Unidad Funcional de Defensa de jóvenes y niños.-

Que con fecha 14 de agosto del corriente año, ésta UFD que represento, libró oficio a las Departamentales Policiales dependientes del Departamento Judicial La Plata, a los fines de poner en conocimientos de aquellas, se sirva comunicar a ésta sede de manera inmediata cualquier privación de la libertad (independientemente de su causa y/o motivo) que tuviera lugar en seccionales policiales de este Dpto. Judicial.-

Que conforme ello, a partir del inicio del turno correspondiente a ésta dependencia (segunda quincena de agosto), fuimos recibiendo partes de hechos ilícitos supuestamente cometidos por menores de 18 años de edad, como así llamados telefónicos en el mismo sentido.-

Que una vez finalizado el turno y a partir de haber recibido en consulta proveniente de un Juzgado de Paz una contravención formada a un menor del Juzgado de Paz de la Localidad de Punta Indio), extrañó de sobremanera a ésta defensa que no hubiera sido cursada la respectiva comunicación desde sede policial (tal como fuera solicitado), y puso en alerta respecto de la posible existencia de otras actuaciones similares no comunicadas, que a criterio de esta defensa con la implementación del nuevo sistema de promoción y protección no deberían tener razón de ser. Circunstancia que se puso en conocimiento del respectivo magistrado de paz.-

Es por ello que, con fecha 17 de septiembre del corriente año, a fin de ejercer un debido contralor de lo solicitado con fecha 14 de agosto del corriente año a las autoridades policiales, se libraron sendos oficios a todas las seccionales policiales comprendidas en el Departamento Judicial de La Plata, con el fin de que se informara a esta dependencia si se registraron

aprehensiones desde el inicio del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en el marco de la aplicación del 8031/73 y/o Averiguaciones de identidad según lo reglado por el art. 15 de la Ley 13.482.-

Que conforme a ello, fueron recepcionándose los respectivos oficios diligenciados, habiéndose podido constatar que se han efectuado privaciones de la libertad en sede policial en virtud de la aplicación del 8031/73 y/o Averiguaciones de identidad, como así también -a través del uso- de una figura que no presenta raigambre legal denominada "entrega de menor".-

Así, y de modo ilustrativo, sólo durante el período solicitado e informado, la Seccional Policial de Cañuelas han registrado un total de (5) cinco casos de contraventores menores (que nunca fueron notificados a esta dependencia); La Comisaría La Plata 1º, ha registrado (28) veintiocho casos de Averiguación de identidad y entrega de menores (tampoco nunca notificados a esta dependencia); la Seccional 8º:13 casos; la Seccional 13º: tres (3) casos (indeterminado); la Seccional La Plata 7º cinco (5) casos (indeterminados); la Seccional 4º La Plata, veinte (20) casos "entrega a menor"; la Seccional 1º de San Vicente registra copia del libro de entradas, con medulosa descripción de numerosos ingresos y entregas de menor, con derivación a supuesto juez o funcionario interviniente; la Seccional Ensenada 1º, (14) catorce casos de "entregas de menor"; y finalmente la Seccional de Brandsen que acompaña dos planillas hoja oficio en las que se enumera cantidad insólita de niños ingresados sin expresar el motivo, pero entregados a sus padres, con excepción de (14) catorce casos de menores contraventores, de los que nunca se supo o tomó conocimiento esta dependencia defensiva.-

Que, recabados los mencionados informes en sede policial, se pudo constatar que la figura denominada "entrega de menor", conforme quedara antes manifestado, no responde a ninguna

fuente legal, siquiera aún de tenor policial, por lo que a criterio del presentante se trataría de una vía de hecho de neto corte discrecional aplicada, conforme su naturaleza lo indica, sin el más mínimo control judicial para los casos en los que el menor ingrese a la Seccional por un motivo difícil de justificar (no un delito), como ser encontrado en situación de sospecha y/o desamparo, u otros casos que luego quedan justificados bajo dicha figura ("entrega menor").-

Por lo cual, luego de un tiempo de estar aprehendido un menor de edad injustificadamente, hallados que sean sus progenitores, es entregado por el Comisario de turno a sus padres, y así es volcado en los libros respectivos.-

Pero asimismo tengo para mí en cuenta que en los casos que figuran aprehensiones por "Averiguación de Identidad de menores" (por ej. Véase Informe emitido por la Seccional 1º de La Plata), la misma podrá convertirse luego en "entrega menor". Cabe entender entonces a las dos figuras como un tándem - *averiguación identidad/entrega menor*- que funciona a la vez (véase que en el caso de la Seccional 1º aludida el menor Si R S o el menor O N Ricardo y otros, son aprehendidos más de una vez en breve lapso de tiempo, por lo que mal se estaría averiguando la identidad de ellos, si queda claro que ya los conocían de antes - desde el hecho de haber pasado por esa Seccional un día antes).-

Por último, se han constatado casos por los cuales se priva de la libertad de menores de 18 años de edad, con motivo de supuestos pedidos de averiguación de paradero o captura, registrados oportunamente por orden un Tribunal o Juez de menores del viejo sistema del Patronato (véase Planilla que acompaña Seccional de San Vicente); los cuales -si bien registrados en Sistema de Información Policial-, no se encuentran vigentes y/o actualizados a la fecha de la aprehensión; convirtiéndose -de este modo- en el motivo abusivo de privación.-

Que por último se hace saber que con fecha 2/10 del corriente, esta Unidad Funcional de Defensa de Jóvenes a mi cargo, puso en conocimiento al Defensor General Deptal. de la situación más arriba referenciada por medio de nota pertinente.-

III.- 3) Análisis de los casos y figuras a la luz de su constitucionalidad – CIDN (art. 75 inc. 22 CN).-

A continuación y a los fines de lograr una ordenada y concreta exposición de los supuestos que constituyen casos de privaciones arbitrarias, ilegítimas y/o injustificadas de libertad de menores de 18 años de edad. Se procederá a analizar en detalle cada supuesto, ello a la luz de la normativa minoril vigente.-

Al respecto y a fin de despejar dudas acerca del concepto central que aquí se invoca , **"privación de la libertad"**, tengo para mi presente en todo momento *La Regla 11 B de Las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la libertad*, como criterio rector: *"... por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública"* Como así la Regla 12 del mismo cuerpo, que establece: *"La Privación de la Libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores..."*. (Véase: *II. Alcance y aplicación del las reglas*).-

Además, deberá tenerse en cuenta los principios derivados de las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de Menores, mas conocidas como "Reglas de Beijing", conforme a la regla 10.1: "cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres... y la Regla 10.1: **el juez, funcionario u organismo competente**

examinará "sin demora" la posibilidad de poner en libertad al menor (en el mismo sentido art. 9 párrafo 3º del PIDCyP).-

En este sentido, "organismo competente" no puede interpretarse otra cosa que no sea el de **Administración de justicia**, es decir, la **jurisdicción** (tal es el nombre que lleva el título de las Reglas "para la Administración de Justicia").-

Esta regla interpretativa 10.1 que acabo de mencionar debe tenerse presente en todo momento, pues conforme la regla nº 3 del mismo instrumento establece que: las mismas son aplicables "a menores", sino también a los "menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto..." (véase que uno de los ejemplos del comentario de la regla contiene el caso ilustrativo de la "ebriedad pública").-

Por lo demás la regla 3.2 del sistema Beijing extiende el alcance de los principios contenidos en las reglas en los procedimientos relativos a la atención del menor y a su bienestar.

Entonces ante el supuesto de privación de la libertad de los niños, la detención debe realizarse conforme a la ley procesal vigente y frente a la jurisdicción especializada, durante el período más breve que proceda y siguiendo los principios de excepcionalidad, determinación temporal y último recurso. Asimismo, las condiciones en las que el niño puede ser detenido deben ser las mismas que rigen la detención de los adultos, pero reconociendo que "la niñez requiere de derechos adicionales y de un cuidado especial". Además, para la detención de niños "deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida (Véase Corte Interamericana de DDHH, OC. 17/02).-

El análisis que a continuación se realizara, tendrá como criterio conceptual y rector el principio antedicho 11. B de Las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la libertad y las Reglas de Beijing, y por lo tanto, **toda privación**

de la libertad de un menor bajo el supuesto, motivo, excusa que sea (se esta legal o vía de hecho); constituye a me entender una privación de la libertad que merece el suficiente e inmediato control judicial y el respeto de todas las garantías procesales que establecen los arts. 37 y 40 de la CIDN (art. 75 inc. 22 de la CN).-

SUPUESTOS:

a) LAS CONTRAVENCIONES APLICADAS A MENORES DE ENTRE 16 y 18 AÑOS DE EDAD.-

a.1 De la imposibilidad de aplicar figuras contravencionales a los menores de 18 años de edad en el actual esquema legal.-

En primer lugar, entiendo la Ley 13.298 en su art. 67 ha venido a derogar expresamente el decreto-ley 10.067/83 sobre el Patronato de Menores, impidiendo -de este modo- la aplicación en lo sucesivo de la materia contravencional para los menores de 18 años de edad.-

En efecto, si bien el art. 24 del Decreto-ley 8031/73 "Código de Faltas Contravencional" no atribuía la competencia para entender en las faltas a la Justicia de Menores; sí lo hizo luego el Decreto- ley 10.067/83 ya mencionado.-

Que justamente la implementación de la Ley 13.298, y 13.634 viene a plantear un nuevo paradigma respecto de los derechos de los menores, colocándolos en situación de sujetos de derechos regulares y desmembrando así la idea de irregularidad que detentaba el paradigma del patronato anterior. En éste sentido la facultad del Juez de Garantías ya no es la del art. 1 del decreto ley 10067/83, sino la que establece el art. 29 de la Ley 13.634 en su remisión al art. 23 de la Ley 11.922.-

Que en igual sentido tampoco podríamos pensar que dicha facultad regrese a los Jueces de Paz, ello en tanto regresión y vulneración al principio de especialidad declamado por la CIDN, y la Ley 13268 (arts. 2 y 3), al no tratarse éste de un fuero especializado.-

a.2 Necesidad de mantener la vigencia del Principio de especialidad.-

Como ha sostenido la Corte Interamericana "Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley". En este sentido, el artículo 5.5 de la Convención Americana contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados antes jueces especializados (Véase Opinión Consultiva- 17/02).-

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el "*establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes*" (artículo 40.3).

Es decidir, frente a **cualquier controversia o situaciones que involucren niños y adolescentes**, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presenta la figura de la "remisión" a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o niña (Véase Opinión Consultiva- 17/02).-

a.3 Irrazonabilidad del Sistema contravencional a la luz del paradigma establecido por las leyes 13289 y 13634 y la Ley Nacional 22.278.-

Por otra parte, y más allá del principio de especialidad antedicho que no se condice en nada con una jurisdicción contravencional; asimismo, es preciso plantear como irrazonable la coexistencia de un código de faltas- contravencional de raigambre inquisitivo-tutorial, con el nuevo bloque normativo que contempla canalizar la situación de los menores infractores a través del sistema de promoción y protección de derechos conforme al art. 37 y sgts. de la ley 13.298, en lugar de iniciar un proceso de criminalización policial (como propone aquel) y sin las garantías y principios (art. 34 Ley 13634) propiciadas por el nuevo sistema y en violación flagrante de los principios de especialidad y legalidad minoril (arts. 18, y especialmente art. 75 inc. 22, arts. 40.2.3 de la C.I.D.N.;RIAD 52; y Beijing 12, 14, 22).-

Por otra parte, puede apreciarse en virtud de lo expuesto, resulta a todas luces contradictoria e irrazonable la convivencia de sanos principios tales como de *mínima intervenció*n y *subsidiariedad* (art. 37 b, 40.4 de la C.I.D.N y art. 33, 34 de la Ley 13.634), de los que se encuentra revestido el sistema Penal Juvenil actual, con las medidas de coerción y sanciones previstas en el Código de Faltas decreto-ley 8031/73, normalmente privativas de la libertad por plazos excesivos.-

En efecto, del análisis del mentado cuerpo legal, se puede constatar por ejemplo en el capítulo II de las penas, que el principio de subsidiariedad minoril no tiene ninguna virtualidad en tanto los tipos de pena estatuidos resultan de aplicación discrecional para el juez contravencional.

Entre las penas que allí se prescriben, multa, arresto, apremio, comiso, clausura, condena etc., no existe ningùn tipo de prelación entre ellas, como así tampoco consideración específica respecto de los menores de edad, quedando las mismas, reitero, a discrecionalidad del magistrado que intervenga. Excepciones a

ello, resulta el art. 10 que brinda a los menores la posibilidad de que cumplan el arresto en comisaría en lugares distintos a los demás contraventores mayores, en subsidio el art. 11. 2 que permite a los menores cumplir arresto domiciliario. Como así también el art. 24 de dicho cuerpo, que distingue bajo un claro criterio retributivo entre menores no reincidentes y reincidentes, otorgando a los primeros la posibilidad de cumplir la eventual pena de manera condicional.

Si para el plexo contravencional conforme el art. 3 del decreto Ley 8031/73 resulta de aplicación supletoria el Código de Procedimiento Penal de la Pcia. (Ley 11922), y este a su vez en virtud de los arts. 37 y 40 de la CIDN hace lo propio (75 inc. 22 CN), para el caso de menores de edad al procedimiento penal minoril conforme ley 13634, a la luz de este último (especialmente desde los arts. 33, 36, 68, 69 y sgts.) se presenta como violatorio del sistema de prelación constitucional, que normas de menor jerarquía (decreto-ley 8031/73) puedan contraponerse a principios de raigambre constitucional que hacen al nuevo paradigma, estatuidos por aquella.

Demás esta decir, que esa misma arbitrariedad y contradicción lógico-normativa puede constatarse del severo sistema de medidas de coerción que establece la ley 8031/73 verbigracia art. 42 y 45 que faculta la detención preventiva de un menor por el término de 24 hs. sin que tome contacto ni control con ningún juez, siendo que a través del art. 41 de la nueva ley 13634 se establece un plazo estricto de 12 hs. para que una vez aprehendida una persona menor de edad en conflicto con la ley penal, se convalide misma a través de una orden de detención librada por el Juez a pedido del Fiscal. Cae de maduro entonces y no merece mayor análisis exhaustivo la inconstitucionalidad del código de faltas en materia de aprehensiones preventivas de menores en la vía pública, pues se trata de el punto nodal de

conflicto y perjuicio que aquí se trata en el presente Habeas Corpus, en tanto facultad desmedida policial de aprehender personas menores por tiempo mayor aún al que permite el sistema procesal penal provincial, evadiendo así el control judicial que éste intenta imponer con recelo (Arts. 12, 37 (a. no trato inhumano, d. defensa técnica en juicio, celeridad, etc.; art. 40 2.a. legalidad, 2.b. inocencia y defensa; 3. Principio Acusatorio; Regla 18 ONU; Op. Consult. Corte Interamericana 17/02. Pto. 10).-

Por último, resta agregar que el absurdo o la irracionalidad e inconstitucionalidad más patente, puede asimismo ser enmarcada y vislumbrarse desde que las contravenciones aplicadas a menores de 18 años de edad por decreto-ley 8031-73 -más allá de su naturaleza jurídica- implican una sanción o coerción personal, más graves aún que en los casos o supuestos delictivos previstos la ley Nacional (también "de Facto") 22.278, y que por su art. 1º, se establece lisa y llanamente **su no punición** (me refiero a todos los delitos de acción privada o los reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación).-

Es decir, si delitos de acción pública cometidos por menores de 18 años, tales como las Lesiones, los daños, los hurtos, etc, no son punibles y por ley de fondo no ingresan al Proceso Penal; no tiene congruencia, lógica, ni ningún sentido la existencia de un sistema de contravenciones paralelo aplicadas con mayor severidad por "ebriedad", "escándalo" y demás.-

Se redimensiona entonces como imperativo constitucional el límite de edad establecido en la ley nacional 22.278 (16-18 años), por debajo de la cual el Estado Argentino (y los estados provinciales que lo componen) está obligado a renunciar a toda intervención coactiva, no resultando razonable que estando vedada la facultad de punir a un joven por la comisión de un

delito conforme ley nacional 22.278, que se promueva su sanción por una contravención (art. 40 inc. 3 a) de la CDN, y Regla 4.1 de Las Reglas de Beijing Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores).-

Pero además, si como ya dijimos, se sostiene un *principio de Mínima intervención punitiva* sobre los menores de edad, cuya lema central es: la libertad es el bien jurídico más importante que debe preservarse a un menor, o en su caso, la restricción de ese mismo bien debe estrictamente ser excepcional (conforme a los *principios de subsidiariedad y de última ratio*, arts. 40.4 CIDN, art. 32 ley 13634, Regla 17 Beijing), entonces la vigencia o permanencia del sistema contravencional “de Facto” del Dec-ley 8031-73, cuyo principio es la inmediata privación y amenaza constante de aquel bien, se torna así en un instrumento de inminente o actual amenaza, -y porque no- un grave perjuicio para la infancia tal como hoy se la percibe en la orbita de las garantías y los derechos humanos. De allí su urgente inconstitucionalidad.-

En tal sentido, principio constitucional de necesaria racionalidad de los actos de gobierno (art. 1° C.N.) impone que a aquellos sujetos a los que se les reprocha una contravención no sean tratados de un modo más severo que aquellos a quienes se atribuyen delitos. La razonabilidad de un acto está condicionada a su adecuación a los principios del sentido común constitucional en orden a la justicia, moderación y prudencia. A ello se agrega que “*establecida la irrazonabilidad o inequidad de aquellas, corresponde declarar su inconstitucionalidad...*” (CSJN Fallos, 150:89, 171:348, 200:450, entre otros)

a.4. Prohibición de alojar y/o transitar menores por Comisarías.-

Además de lo expuesto cabe destacar que el cambio de paradigmas que plantea la reforma normativa en el Sistema Penal Juvenil, implica la imposibilidad de alojar y/o transitar a los menores en dependencias policiales, cuestión ya tratada por la C.S.J.N. en fallo Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus, y refrendada con lo resuelto en fecha 31 de julio del corriente año por parte del Juzgado de Garantías del Joven N° 2, Deptal., en carpeta de causa nro. 8 caratulada Raquel Ponzinibbio s/Habeas Corpus". En tal sentido mal podría alojarse a un menor en Comisaria e iniciàrsele allí un procedimiento contravencional, ámbito natural de cumplimiento de las sanciones y medidas cautelares que prevee el Código de Faltas 8031-73 en cuestión (me refiero especialmente arts. 10, 42, 45 sgts y concs.).-

a.5. Materia contravencional a la luz del principio de No Discriminación.-

Por último y en lo que hace a la materia contravencional propiamente dicha, entendemos que también resulta inconstitucional a la luz del fuero minoril, ello en tanto capítulos tales como el Segundo, Tercero y Cuarto del Código de Faltas - decreto-ley 8037-73 resultan claramente violatorios del principios de alta Jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 C.N, art. 3, 9, 12, 37 y 40 de la C.I.D.N., y especialmente el principio de no discriminación de los menores art. 2 de la C.I.D.N., 2 de la C.A.D.H., Regla 4 de O.N.U. Y Regla 4 Tokyo).-

Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

La Corte Interamericana, por medio de la opinión Consultiva 17/02, ha establecido *el principio de discriminación inversa* respecto de los niños: *"...pues en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella..."*-

En este sentido, no puede perderse de vista que las faltas y contravenciones que establece el sistema del Dec-ley 8031-73, salvo por mínimos matices que puedan encontrarse desde los art. 19 y 24 de tal decreto-ley, dan un tratamiento igualitario a los niños y a los adultos, siendo que ese tratamiento "que homogeiniza", vuelve a discriminar en los hechos, pues por su vulnerabilidad los niños lo padecen con otra intensidad, además de estar dirigido a un concreto extracto social que lo padece en forma cotidiana; esto es, a los hijos (niños) de los estratos de bajos recursos económicos y culturales que, por sus propias características de desventaja, poseen dificultades intrínsecas para defenderse con éxito de los escollos que ese mismo sistema le plantea.-

De la amplia gama de conductas contravencionales tipificadas po la mencionada 8031-73, solo un escaso número de ellas son aplicadas. La práctica policial en esta materia se reduce a la detección de prostitutas, "travestis", ebrios, causantes de disturbios en la calle y pasadores de juego (ni siquiera los denominados "capitalistas"). En particular a los niños se les aplica siempre las mismas figuras: vagancia (art. 67), ebriedad (art.

72), escándalo y/o tumulto (art. 74), lanzamiento de cosa peligrosa (art. 76), resistencia, insultos a la autoridad arts. 78, 79).-

Queda a la vista el impacto criminalizante que implica para ciertos sectores sociales, y en especial a los niños y jóvenes de esos sectores, la existencia de un sistema preventivo-represivo, de orden administrativo-policial, a mi entender con caracteres discriminatorios y etiquetantes; que ponen al menor de edad en situación de claro menoscabo y desventaja, frente al bloque de derechos del niño hoy reconocido frente al sistema de responsabilidad penal juvenil.-

Con respecto al *Principio de No Discriminación* de los menores de edad por su situación, cabe traer a colación lo dictaminado por la OBSERVACIÓN GENERAL Nº 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño ONU, elaborado en interpretación del art. 2 de la CIDN "... *Es muy corriente que los códigos penales contengan disposiciones en los que se tipifique como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Es motivo de especial preocupación que las niñas y los niños de la calle frecuentemente sean víctimas de esta forma de criminalización. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos. El Comité recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley. A este respecto, el Comité también se remite al artículo 56 de las Directrices de Riad, que dice lo siguiente: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que*

*ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.... Además, comportamientos como el vagabundeo, la vida en la calle o las escapadas del hogar **deben afrontarse mediante la adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento**" (el subrayado y la negrita me pertenecen).-*

Entonces es el Estado quien en vez de criminalizar a los niños y jóvenes menores de 18 años debe adoptar medidas para la protección y el cuidado ya sea porque se encuentran abandonados o en conflicto con reglamentación de convivencia urbana; ello así por tratarse de un sector social altamente vulnerable, incluso sujeto a mayor protección que la población en situación de peligrosidad que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, los artículos 3.2 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 9 de las Directrices de Riad.-

Reitero, los niños en situación de riesgo y vulnerabilidad, llamados "niños de la calle", también deben ser abarcados por medidas de prevención y protección, y nunca a través de medidas policiales como pueden ser las contravenciones, detenciones por averiguación de identidad; o acaso, las más gravosas sanciones penales; pues tal como establece la. Regla 10.3 de Beijing, se trata de "*establecer contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño*".

Por último, y regresando al *Principio de No Discriminación*, la misma Corte Interamericana de DDHH, ha sostenido en la OC. 17/98 que: "... gracias a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, los jueces están obligados a respetar las garantías de éste. Es necesario "considerar la investigación y eventual sanción de un niño, en función del hecho cometido y no de circunstancias personales.".-

Resulta claro que las debidas garantías no pueden ser desconocidas por el interés superior del niño. Por ello, cuando se presenta al juez un niño inculpado de un delito, -o acaso de cualquier infracción de la índole que sea-, y el sujeto se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, debe darse "intervención a los mecanismos que haya creado el Estado para ocuparse de esa situación particular", y tratar al niño como inocente, sin considerar su situación personal".-

a.6. El sistema contravencional ante la exigencia del principio de legalidad y máxima taxatividad en el caso de los menores (el fin de la discrecionalidad).-

Asimismo, resulta fundamental, la necesidad de mantener la vigencia del Principio de legalidad y máxima taxatividad penal frente a los menores de 18 años de edad. Ello así, pues la conducta que motiva la intervención punitiva estatal frente a los niños y jóvenes debe ser penalmente típica y seguir a rajatablas el principio de máxima taxatividad penal; pues un proceso de esta índole, absolutamente responsabilizador, debe ser claro y transparente para el niño que lo atraviesa. De este modo se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre este tipo de personas y el Estado, esté basado en un juego justo, anterior y limpio (ajeno a toda ambigüedad, vaguedad, discrecionalidades, como por lo general son las figuras

contravencionales y las Detenciones por averiguación de identidad basadas en la mera sospecha). Pues como bien menciona la Observación nº 10 del Comité de los Derechos del Niño: "... *Es indudable que la necesidad y vigencia de un juicio justo frente al niño, tal como lo reconoce en el párrafo 2 del artículo 40 de la CIDN. Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber: los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?*" (Véase Dignidad, Observación 40.1)

La Corte Interamericana de DDHH ha señalado en la OC.17/02 que el principio de legalidad penal implica la necesidad de una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales; y ello resulta una garantía contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser en mayor medida (o con mayor fuerza) a los niños que a los adultos.

Es inadmisibles entonces que se incluya a los menores ante otras hipótesis de infracción **que no sean típicamente penales**, con los claros y evidentes efectos punitivos que ellas tienen, como lo son generalmente las faltas y contravenciones; generalmente figuras abiertas, laxas, con márgenes de discrecionalidad a disposición de una entidad administrativa que lejos está de cumplir con el Principio de especialidad de los menores ya aludido; más cerca está de criminalizar situaciones de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad (Véase Principio de No Discriminación desarrollado más arriba); por no decir de que por ser jóvenes o niños sea natural que observen un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría de los adultos, pudiendo en muchos casos presentar los

conflictos típicos de la adolescencia de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general. Todos estos supuestos que en última instancia (habiendo fallado la familia) deben ser tratados por el Sistema de Promoción y Protección de derechos, y no por el Comisario de turno.-

a.7. De la necesidad de Remitir estas situaciones que antes eran interpretadas como contravenciones por parte de menores de 18 años al Sistema de Promoción y Protección de Derechos.-

De todo lo expuesto, entiendo que ante casos de supuesta infracción a una contravención -siempre y cuando se trate de un menor de 18 años que se encuentre involucrado-, y que anteriormente resultaban comprendidos en la materia contravencional (arts 19, 24 y concs. Del decreto-ley 8031-73), conforme a lo ya expresado ut supra, debe darse intervención inmediata a los organismos administrativos de protección y promoción previstos por la ley 13298 y 13634, ello sin la correspondiente formación de causa contravencional; pues la misma resultaría a todas luces inconstitucional en el marco del nuevo paradigma minorial vigente; debiendo ser tal comunicación y reenvío realizada con aviso inmediato y fehaciente a los funcionarios judiciales competentes, y dentro de las 12hs establecidas por el art. 41 de la Ley 13634; a los fines de ejercer el debido control judicial de la medida.-

a.8. De la Inconstitucionalidad de los artículos 19, 24 y concs. Ley 8031-73.-

En la línea expresada, pese a que el art.19 inc.b) del dec.-ley 8.031 consagrara (al momento de su dictado en 1.973) la punibilidad de los jóvenes de 16 y 17 años por las contravenciones contenidas en ese cuerpo normativo, la posterior

incorporación de la normativa convencional suscripta por el Estado Argentino (C.I.D.N.) y – con mayor razón - su incorporación a la Constitución Nacional en el año 1994, han derogado la aplicación de tal poder punitivo estatal provincial para esa franja etárea.

Consecuencia de ello es que las leyes 13.298 y 13.634 hoy vigentes en el territorio provincial (que derogaran el dec.-ley 10.067 reemplazando el paradigma de la situación irregular por el de la protección integral de la niñez) aludan en párrafo alguno a la competencia de los magistrados del fuero en materia contravencional.-

La omisión, insisto, no es un simple olvido del legislador, sino que marca el sentido de la política criminal juvenil instaurada por el nuevo régimen, absolutamente incompatible con el que regía en la Provincia de Buenos Aires en el año 1973.-

Por ello, concluyo que los artículos 19, 24 y conchs. del decreto- ley 8031-73 que regulan al niño de entre 16 y 18 años de edad como sujeto infractor de contravenciones, deben ser declarados inconstitucionales. Pues se trata de figuras ajenas al nuevo sistema de Promoción y Protección de derechos de la infancia, constituyendo las mismas verdaderas “privaciones de la libertad de niños” anidadas al viejo sistema (privaciones en el sentido propiciado por la regla *La Regla 11 B de Las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la libertad*), las cuales caen fuera de *la especialidad* prevista para el fuero por leyes 13298 y 13634, poniendo en serio riesgo la libertad de los niños, así como el respeto de todas las garantías procesales que establecen los art. 37 y 40 CIDN (75 inc. 22 CN), así como **el principio de Remisión al Sistema Protección y Protección**

de derechos (asimismo, arts. 16, 18, 19 CN; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

b) LA DETENCIÓN POR AVERIGUACIÓN DE IDENTIDAD APLICADAS A MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD.-

En adelante desarrollaremos los aspectos que para esta parte resultan fundamentales a la luz del señalamiento de la grave irregularidad que implica la utilización de esta figura, en general, sobre todo cuando es aplicada a los menores de 18 años de edad.-

b.1. La facultad policial de detener personas por averiguación de identidad- relación hacia los menores de 18 años de edad.-

En la Provincia de Buenos Aires, el primer Reglamento de la Policía de la Provincia de Buenos Aires de 1880 autorizaba a los miembros de la fuerza policial a arrestar sin autorización judicial a los vagos, ebrios y sospechosos durante un período de tiempo de hasta ocho días.

Como bien explica Sain *"cien años mas tarde, el tiempo de detención posible de una persona sin orden judicial era menor, pero la impronta social disciplinante de dicha facultad se mantuvo. De acuerdo con la Orgánica de la Policía Bonaerense de 1980, los miembros de ésta estaban habilitados a detener a toda persona de quien, a su criterio, fuese necesario conocer los 'antecedentes y medios de vida', en circunstancias que lo justificaran o cuando se negase a identificarse, no pudiendo extenderse dicha detención por un tiempo mayor a las veinticuatro horas"* (Sain, Marcelo "Política, policía y delito. La red bonaerense", p. 50, Claves para Todos, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004).

Dentro del proceso de reestructuración de la policía acontecido en el año 1998, caracterizado por criterios de diferenciación funcional, desagregación organizacional y descentralización del mando operacional, la ley 12.155 estableció un conjunto de principios básicos de actuación policial tendientes a fijar las bases normativas del control del desempeño policial y, en particular, del uso de la fuerza por parte de los uniformados (Sain, Marcelo "Política..." cit. p. 68)

En éste contexto se sustituyó la detención sin orden judicial por averiguación de antecedentes (coloquialmente denominada "Doble A") por la detención con fines identificatorios.-

Poestriormente, en el mes de Mayo de 2006 se pone en vigencia la Ley 13482 que viene a derogar a la ley 12.155, pero manteniéndolo incólumne -ahora en su art. 15- lo que el art. 9 de la 12.155 regulaba; estableciendo que:

*"El personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos: a) En cumplimiento de orden emanada de autoridad judicial competente. b) Cuando se trate de alguno de los supuestos prescriptos por el Código Procesal Penal o la ley contravencional de aplicación al caso. c) **Cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niega a identificarse o no tiene la documentación que la acredita. Tales privaciones de libertad deberán ser notificadas inmediatamente a la autoridad judicial competente y no podrán durar más del tiempo estrictamente necesario, el que no podrá exceder el término de doce (12) horas. Finalizado este plazo, en todo caso la persona detenida deberá ser puesta en libertad y, cuando corresponda, a disposición de la autoridad judicial competente.***

De modo que la nueva normativa continúa otorgando la facultad policial de limitar la libertad de las personas cuando ello fuere justificable conforme las circunstancias y existiere una

negativa a ello por parte del sujeto pasivo o no tuviera la documentación que acredite su identidad.-

Más allá de la eventual constitucionalidad o no de la figura genérica en ciernes, la que ya fuera tratada en otros fallos (**véase Juzgado de Garantías N°4 de Mar del Plata, causa "G., Lucas Oscar s/habeas corpus preventivo", rta. 30/6/08- (véase Revista electrónica www.derechopenalonline.com o Diariojudicial.com)**); para el caso de los menores de 18 años de edad, que conforme al apartado c) del artículo 15 en análisis estarían incluidos (pues la norma no distingue entre sujetos pasibles de dicha averiguación), se presentan específicos punto de controversia, ello a la luz del plexo normativo minoril.-

b.2. Remisión a los aspectos ya analizados en oportunidad de expedirnos respecto a las contravenciones aplicadas a menores de edad.-

Que en honor a la brevedad y respecto de los principios constitucionales ya abordados por esta parte al analizar en el capítulo anterior la figura de la contravención aplicada a menores de edad, me remito a ellos por su pertinencia, especialmente a los acápites: a.2; a.3; a.4; a.5; a.6; a.7.-

b.3. La incompatibilidad entre el art. 15 de la ley 13482 y la ley 13634.-

A partir de un estudio puntilloso de la ley 13.634 y su relación con la ley 11.922, se advierte como ya ha quedado plasmado en el presente (véase especialmente en acápite anterior el desarrollo en el punto **a.3; a.4**), que a partir de la constitución de este nuevo paradigma de la responsabilidad penal, se ha maximizado en su técnica el control judicial de todos aquellos actos que redunden en una privación de la libertad para un

menor, ya sea en cuanto "a qué actos" procesales se permitirán a tales fines, como así también lo atinente a su operatividad y gesta (Véase especialmente lo ya dicho más arriba respecto de la regla 11. B de Las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la libertad y las Reglas de Beijing 10., 10.1, 10.2; ello en relación a las garantías procesales que establecen los art. 37 y 40 de la CIDN, art. 75 inc. 22 de la CN).-

En tal entendimiento, resulta elocuentemente contradictorio y -porque no absurdo- que coexista una directiva normativa policial que faculte a ese cuerpo a la privación de la libertad de un menor de 18 años de edad, por idéntico término al que el cuerpo de rito nos remite para el caso de convalidar o no una aprehensión dispuesta en el marco de la supuesta existencia de un hecho ilícito.-

En efecto, el art. 15 de la mencionada 13.482 permite aprehender a un menor de edad, en aquellos supuestos en que sea necesario conocer su identidad y por un tiempo que **no podrá exceder del término de doce (12) horas**. Siendo a su vez que el art. 41 de la nueva ley 13634 establece **el mismo plazo de (12) doce horas**, para aquellos supuestos en que el menor fuera aprehendido en flagrancia en conflicto con la ley penal, para determinar la procedencia o no de la detención.-

Cae de maduro y no merece mayor análisis la irracionalidad e inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 13.482, ello en tanto otorga margen temporal de maniobra mucho mayor al personal policial, que el otorgado a los Jueces y Fiscales del Fuero de la Responsabilidad juvenil a la hora en que estos se ponen a analizar la situación aún mas compleja que significa la posible comisión de un delito acción pública cometido por un menor de 18 años de edad (por ej: un homicidio).-

En consecuencia, queda absolutamente a la vista que en materia de aprehensiones preventivas de menores en la vía pública, motivadas en razón de la averiguación de identidad, estamos ante una facultad policial desmedida e ingerente, en tanto deja abierta la "discrecionalidad" de aprehensión por un tiempo -mayor aún- al que permite el garantista sistema procesal penal provincial frente a situaciones más complejas y que requieren mayor análisis; a la vez que por ese holgado lapso de tiempo se convierte en un verdadera "zona gris" que apenas es informada **-siempre con posterioridad-** a la autoridad judicial; evadiéndose así el debido control que con recelo establecen los arts. 37 y 40 de la CIDN.-

b.4. Traslado de un menor a una dependencia policial conforme al art. 15 ley 13482- Irrazonabilidad de su fundamento a la luz de la evolución de los mecanismos de identificación – El sistema de promoción y protección como ultima ratio en caso de dudas.-

Que, conforme los avances tecnológicos actuales, puede plantearse que incluso a nivel material el art. 15 de la Ley 13482, no reviste razón de ser. Es decir, aquí planteamos la real necesidad de contar con el lapso de tiempo máximo que la misma prescribe (doce horas), siendo que existen procedimientos modernos para recabar de manera inmediata la información que dicha medida pretende.

En tal sentido tengo para mi lo expuesto en el marco de los autos ya referidos tu supra "G., Lucas Oscar s/habeas corpus preventivo", rta. 30/6/08; Juzgado de Garantías N°4 de Mar del Plata (véase Revista electrónica [www.derechopenalonline.com_o Diariojudicial.com](http://www.derechopenalonline.com_o_Diariojudicial.com));

"...Sin perjuicio de lo expuesto, la información recabada en este proceso permite concluir que, a la fecha, existe en el ámbito del

Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, un adecuado sistema informático que permite determinar, en fracción de segundos, la eventual existencia de impedimentos legales respecto de una persona determinada. Los datos aportados por el Licenciado Luis Alberto IVANOVICH Director Operativo de Comunicaciones del Ministerio de Seguridad y el Capitán Gabriel MARTIN, Jefe del Departamento Pericias y Análisis Electrónico, corroboran esta alternativa (fs. 117/8) (...) Pero además de lo expuesto, la información periodística del procedimiento llevado a cabo el pasado fin de semana en ésta ciudad (fs. 125), ha dado cuenta que la nueva tecnología "Morpho Rad ID", incorporada al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires ha permitido identificar de manera instantánea, en la vía pública, a personas en general, habiéndose procesado la información de 300 personas, sin que arrojará algún resultado de importancia (...) En consecuencia, existiendo posibilidades informáticas para que el trámite administrativo sea cumplido en forma inmediata mediante una comunicación telefónica que genere un rastreo informático de los datos requeridos, resulta desproporcional, irrazonable e injustificado que se utilicen mecanismos basados en prácticas rutinarias y burocráticas, tales como el traslado de las personas a una comisaría, su ingreso en condición de detenido, su ubicación en un calabozo y especialmente, su privación de libertad durante largas horas (como el caso que nos ocupa (...)) La regulación legal apuntada no sólo viola la garantía primaria apuntada, sino también la garantía secundaria "presunción de inocencia", la que se subvierte en un "estado de sospecha" indefinido, que convierte a todos los ciudadanos en sospechosos de registrar impedimentos legales (pedidos de captura, órdenes de detención, etc), habilitándose la conculcación de garantías constitucionales hasta tanto se demuestre lo contrario. (Blando, Oscar "Detención..." cit, pp. 145/147)..."

En consecuencia, siguiendo los lineamientos del fallo expuesto, en el caso de marras, siempre y cuando sea visible u ostensiblemente un niño o joven la persona aprehendida que se pretende identificar (sea en el marco de un delito o bajo una circunstancia que se justifique objetiva y razonablemente, y ésto

no sea un mero capricho policial), podría ser chequeada su identidad de manera inmediata y por tanto "in situ", sin la necesidad de realizar un traslado del mismo a una dependencia policial.-

Ahora bien, si una persona menor de 18 años de edad lleva su documento de identidad o se la identifica correctamente en el momento; o acaso, **en última instancia no se la logra identificar por el motivo que sea**, pues, **no encontrándose comprometida ésta en un delito concreto, detenerla -sin más- para estudiar más tarde si alguna autoridad lo requiere penalmente o para tenerla demorada por una cantidad de horas "X", importa a mi entender un arresto arbitrario, injerente, ilegal e inconstitucional** (arts. 37 y 40 CIDN; arts. 16, 18, 19 CN; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

b.5.a Facultades Preventivas de la Policía frente a los niños y jóvenes- la idea de "actitud sospechosa" aplicada a los niños.-

La Regla que debe tenerse presente en todo momento para pensar una Política de Prevención de la delincuencia juvenil son las Directrices de la RIAD conforme al espíritu ya trazado por la CIDN, las cuales lejos están de pensar en políticas basada en el control social policial de la infancia (tal como resultan las facultades policiales de Detención por averiguación de identidad art 9 ley 12155 -o actual- 15 ley 13852); sino por el contrario, por imperio del preámbulo y arts. 6, 19, 24, 27, 28, 29, 32 40 de la CIDN debe pensarse la cuestión de la Prevención de la delincuencia juvenil, a partir de políticas activas de de promoción y protección de derechos humanos, sociales y culturales previos a toda circunstancia delictiva.-

En igual sentido ha observado el Comité de los Derechos del Niño en la Observación nº 10, en tanto: *“El Comité apoya plenamente las Directrices de Riad y conviene en que debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños, en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Esto significa, entre otras cosas, que en los programas de prevención debe otorgarse atención prioritaria a la prestación de apoyo a las familias más vulnerables, a la enseñanza de los valores básicos en las escuelas (en particular, la facilitación de información sobre los derechos y los deberes de los niños y los padres reconocidos por la ley) y la prestación de un cuidado y atención especiales a los jóvenes que están en situación de riesgo. A este respecto, también debe concederse atención especial a los niños que abandonan los estudios o que no completan su educación. Se recomienda utilizar el apoyo de grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares y una activa participación de los padres. Los Estados Partes también deberán establecer servicios y programas de carácter comunitario que respondan a las necesidades, problemas, intereses e inquietudes especiales de los niños, en particular de los que tienen continuos conflictos con la justicia, y que ofrezcan asesoramiento y orientación adecuados a sus familias”.-*

Pensando el concepto de “sospecha” trasladado a los niños, el Comité de los Derechos del Niño en la misma observación citada más arriba, al hablar del principio de inocencia menciona que: *“... Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño muchas veces puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por*

ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable”.

Pero también podríamos mencionar otras situaciones de niños y jóvenes que para algunos piadosos, incautos, o faltos de toda sensibilidad social, pueden ser consideradas “sospechosas”, así: el riesgo, peligro por desvalimiento, abandono moral, miseria o enfermedad de un menor de edad de cierta condición social. O porqué no: el natural (pero virtualmente sospechoso) comportamiento de los niños (“esos locos bajitos...”) o los actuales jóvenes, por lo general esas juntas (tribus o yuntas) expuestas a ciertas conductas publicas algo diferentes a las de los adultos, caracterizadas –muchas de las veces- por los conflictos típicos que atraviesa la adolescencia en adaptación al medio familiar, escolar o social, en general.-

b.6. La idea “circunstancias que razonablemente justifiquen” conocer la identidad de un niño.-

Conforme la redacción del art. 15 de la Ley 13482, se faculta a la autoridad policial a conocer la identidad de una persona “en circunstancias que razonablemente lo justifiquen”.-

En este punto me remito especialmente a lo ya dicho en **a.6**, conforme a exigencia del principio de legalidad y máxima taxatividad en el caso de los menores (el fin de la discrecionalidad).-

Es claro que el texto legal art. 15 de la Ley 13482, implica una fórmula vaga y carente de contenido, que deja un margen evidente para la arbitrariedad y desigualdad ante la ley, ello no sólo frente a la infancia, sino también frente a los adultos.-

En tal sentido explican Tiscornia, Eilbaum y Lekerman que *“...las circunstancias que razonablemente justifiquen’ conocer la identidad de una persona a la que hace referencia la ley,*

permiten inferir que las mismas quedan sujetas, por un lado, al ya conocido 'olfato policial' y la capacidad de detectar conductas y personas 'sospechadas' y por otro lado, a demandas coyunturales -muchas veces provenientes de los medios de comunicación o de grupos vecinales o sociales acotados- sobre 'la necesidad de vigilar y/o neutralizar a grupos determinados, aunque estos no representen amenaza cierta para la seguridad urbana, por ejemplo, inmigrantes, jóvenes reunidos en las esquinas o plazas públicas, prostitutas, etc.' (Tiscornia - Eilbaum, y Lekerman, "Detenciones..." p. 46/7).

No nos cabe duda alguna que el amplio poder discrecional de la instituciones policiales frente a estos especiales sujetos de derechos: los niños, niñas y adolescentes, debe ser acotado y resguardado a través de un programa penal específico que sirva como marco de contención a los posibles abusos y excesos cometidos desde el Estado.-

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha remarcado en diversos pronunciamientos que nadie puede ser "*privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)*" [Corte IDH, Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C n° 16, párr 47; en igual sentido Corte IDH , Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C n° 35, párr 43.

Alberto Bovino ha interpretado las consecuencias de esta decisión para nuestro derecho son evidentes ya que el art. 18 de nuestra Constitución Nacional dispone que nadie puede ser 'arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente', no existiendo en nuestro texto constitucional la excepción de la flagrancia. Agrega Bovino: "*De allí que, como*

principio general, en nuestro país la detención de toda persona requiere, de manera necesaria, la 'orden escrita de autoridad competente', que debe ser obtenida con todas las formalidades previstas en la leyes procesales. En cualquier otro caso, la detención es, en principio, ilegítima, a menos que se trate de verdaderos supuestos de urgencia, definidos de manera estricta, y de aplicación efectivamente excepcional, que justifiquen inequívocamente la detención y que además estén previstos por la ley en sentido formal. Por ello, el legislador está obligado a definir todo supuesto de excepción a la detención sin orden y sólo para los casos de flagrancia, de modo estrictamente restrictivo y excepcional. Los tribunales, por su parte, tienen el deber de aplicar las reglas legales respectivas de la manera más limitada posible. De otro modo, los órganos estatales violarían la exigencia impuesta por el art. 7 n° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Bovino, Alberto "El fallo 'Suárez Rosero'" en "Justicia Penal y Derechos Humanos", pp. 9 ss, Del Puerto, Buenos Aires, 2005).

***b.7. Inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 13482.-**

De lo dicho, entiendo que la detención de personas menores de 18 años de edad por "averiguación de antecedentes" carece de todo sustento constitucional (conf. Art. 18, CIDN 75 inc. 22, CN)..-

En efecto, si una persona menor de 18 años de edad lleva su documento de identidad o se la identifica correctamente, o **acaso no se la logra identificar**, pues no encontrándose comprometida ésta en un delito concreto, detenerla -sin más- para estudiar más tarde si alguna autoridad lo requiere penalmente o para tenerla demorada por una cantidad de horas, importa un arresto arbitrario, ilegal e inconstitucional, -en virtud del estado de presunción de inocencia art. 18 CN- por más que

esa detención esté autorizada por una ley como 13.482 en su art. 15.-

El art. 18 de la Constitución determina que nadie será arrestado sino en virtud de "orden escrita de autoridad competente". Lo correcto, pues, es que primero se exhiba la orden detención y en virtud de ella el sujeto quede preso (o como excepción se de un supuesto de "flagrancia" conforme el art. 154 y sigts. del CPPBA).

Lo absurdo, es que se detenga primero al niño sin otro motivo que alegar el art. 15 de esa ley 13.482, para luego trasladarlo a una Seccional policial, averiguar su identidad comunicándose con sus padres, averiguar -por si acaso- si existe o no orden de arresto, captura, etc; y luego hacer entrega a sus padres.-

Entiendo que este artículo 15 de la ley 13.482 debe ser declarado inconstitucional pues se trata de una autorización administrativa "discrecional" y "abierta" para detener personas menores de 18 años de edad, la que vulnera la garantía primaria de libertad, reserva, los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, legalidad y control judicial efectivo.-

Es decir, se trata de una facultad absolutamente ajena al riguroso sistema que establece el Fuero de la Responsabilidad Penal Minoril (13.634) y el Sistema de Promoción y Protección de derechos (13.298), constituyendo la misma una verdadera y arbitraria "privación de la libertad de niños" anidadas al viejo sistema (privaciones en el sentido propiciado por la regla *La Regla 11 B de Las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de la libertad*), así como una grave violación a todas las garantías procesales que establecen para la infancia los art. 37 y 40 CIDN (75 inc. 22 CN), así como **el principio de Remisión al Sistema Protección y Promoción de derechos** (asimismo,

arts. 16, 18, 19 CN; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

c) LA "DEMORA" A MENORES DE EDAD INJUSTIFICADAS O QUE FIGURAN JUSTIFICADAS BAJO EL LEMA "ENTREGA A MENOR".-

Conforme se ha podido verificar por esta UFD a mi cargo, de fuentes policiales consultadas (véase los hechos narrados en III.2, como así el informe de actuario que se acompaña como documentación a la presente), la figura de "entrega de menor", resulta utilizada para aquellos casos en los que -si bien se reconoce por palabras policiales no existe fuente normativa alguna que lo autorice- un menor es encontrado en situación "de riesgo en la vía pública".-

Pero asimismo tengo en cuenta (por ej. Véase Informe emitido por la Seccional 1° de La Plata) que la figura analizada ya en el acápite b., esto es, Averiguación de Identidad de menores, se convierte luego en la "entrega menor". Cabe entender a las dos figuras como un tándem que funciona a la vez (véase que en el caso de la Seccional 1° aludida el menor Si R Sy otros, son aprehendidos más de una vez en breve lapso de tiempo, por lo que mal se estaría averiguando si identidad de ellos, si queda claro que ya los conocían de antes -desde el hecho de haber pasado por la Seccional un día antes).-

Reitero, hasta el momento se desconoce, la plataforma jurídica administrativa sobre la que descansa la posibilidad de que el personal policial que cumpla servicios en Comisarías pueda demorar personas menores de edad, perfectamente identificadas o no, que sean trasladadas a dicha dependencia sin expresarse motivo alguno más que "la posterior entrega a sus progenitores".-

Por ende, la ausencia de una normativa específica que avale tal actividad, en qué términos, alcances y controles, pone en juego no sólo todo el bloque de derechos y garantías protectorio del derecho minoril vigente; sino que a su vez, está en juego el más básico principio de Legalidad Administrativo que prohíbe aquellos actos que la Administración Provincial expresamente no ha permitido (en especial arts. 9 y 13 de Dec. 9102/74, y 103 y sigs. del Dec. Ley 7647/70).-

Cabe destacar que el mentado principio *"... se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento jurídico. El principio de legalidad se traduce en las exigencias de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico; es así una forma de garantía de las funciones estatales que asegura plenamente su realización"* (Hutchinson, Tomás, "Procedimiento y Proceso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires", pág. 21/31, Editorial Scotti, 1995).-

En tal caso, ni la actual 13482, ni la anterior 12.155, ni sus viejos complemento: Decreto 9102/74, facultan -reitero en la actualidad- al personal policial avocado en Comisarías -o incluso a algún otro- a realizar tareas como la que aquí denunciamos. En consecuencia, tal actividad se torna absolutamente discrecional y consiste en una **ilegítima vía de hecho** que además de afectar al conjunto de la sociedad y al estado de derecho, desprestigia y obstruye el propio marco de funcionamiento policial que hoy con tanto empeño allí se está tratando de reformar.-

Aún así, y para los casos en los que el menor es encontrado en la vía pública en situación de riesgo (para sí o para con terceros), cobran vida todos los principios que hemos mencionado en el apartado **a.7** al tratar el tema de las contravenciones; debiendo darse intervención inmediata (y sin traslado a la dependencia policial) a los organismos administrativos zonales o

locales de Protección y Promoción previstos por la ley 13298 y 13634; ello aunado a la inmediata comunicación judicial de la situación, para su debido control.-

En conclusión, estamos ante una practica policial que, de continuar existiendo, pone en riesgo la vigencia del Fuero de la Responsabilidad Penal Minoril (13.634) y el Sistema de Promoción y Protección de derechos (13.298), constituyendo asimismo una verdadera costumbre o vía de hecho arbitraria e ilegal, que -por su naturalización funcional- deja abierta la posibilidad "privar la libertad de los niños sin motivo alguno", para luego ser justificada como simple "entrega menor". Por lo que entiendo debe ser declarada ilegal y, en consecuencia, resultar suprimida de inmediato (arts. 40.3b de la CIDN, art. 37, arts. 16, 18, 19 CN; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

d) LAS APREHENSIONES DE MENORES DE EDAD MOTIVADAS EN PEDIDOS DE CAPTURA Y/O AVERIGUACIÓN DE PARADERO NO ACTUALIZADAS EN REGISTRO POLICIAL- QUE LUEGO SE CONVIERTEN EN CASOS DE "ENTREGA MENOR".-

Más allá de los casos analizados ut supra, también tengo en cuenta que muchas veces los menores de edad son entregados a sus padres, luego de que han sido aprehendidos bajo la figura de la "averiguación de identidad", y ocurre que por "saltar" un pedido de "captura" o "paradero", el cual se constata - fehacientemente- ha perdido toda virtualidad.-

Es claro que a diferencia de los supuestos o casos anteriores, no estamos aquí ante una facultad policial o actividad discrecional; sino más bien a la concatenación de las mismas - Averiguación de identidad-constatación pedido captura o paradero registrado-entrega menor-; de modo que la cuestión se torna más

compleja. Pues, se aprehende bajo la excusa de certificar un registro y luego se hace entrega a sus progenitores.-

En tal sentido, se trata de que la información utilizada por personal policial no de lugar a supuestos "equivocos" de privación arbitrarios e ingerentes, en tanto esa información que maneje **sea transparente y vigente**, y no pueda poner en potencial riesgo la libertad de los menores de 18 años de edad.-

En tal sentido, ocurre muchas veces que los menores de edad son demorados -una y otra vez- (queremos creer de buena fe) porque los registros policiales no se encuentran actualizados debidamente, cometiéndose abusos de irregularidades en cuanto al traslado de los mismos a Seccionales policiales para certificar o corroborar los datos allí registrados. Trámite que puede llevar -a veces- hasta varias horas, más si tenemos en cuenta que el dato debe corroborarse ante Juzgados o Tribunal de Menores que también muchas de las veces se encuentran cerrados o fuera del horario judicial.-

Ante estos casos debe garantizarse a los niños, niñas y jóvenes de esta Provincia **que los Registros policiales estén actualizados constantemente**, ello a la luz de los pedidos que allí se inscriben, de modo que esto no permita dar lugar a quívocos, acción abusiva o injerencia alguna contraria a su libertad ambulatoria.-

Por ello es que por medio de esta acción, también se solicita se lleve a cabo un control de todos aquellos registros policiales que en el futuro puedan poner en riesgo la libertad ambulatoria de los niños, niñas y jóvenes de esta provincia; todo de conformidad con los arts. 40 y 37 de la CIDN, arts. 16, 18, 19, 75 inc. 22 CN; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

III.4.- LA NECESIDAD DE QUE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ADECÚE SU NORMATIVA LOCAL A LO RESUELTO POR Fallo "Bulacio" de la CIDH.-

Todo lo que hemos señalados en los párrafos precedentes, ha sido tematizado de alguna manera, a partir del famoso caso Walter Bulacio, el cual es bisagra a la hora del análisis de las figuras mencionadas. Podríamos decir, que hay un antes y después del Fallo de la Corte Interamericana que condena al Estado Argentino en el año 2001, y la obliga a modificar su legislación al respecto.-

Detengámonos entonces en el caso:

El 24 de enero de 2001, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la Corte Interamericana una demanda contra la República Argentina, que se originó en la denuncia No. 11.752, por la violación en perjuicio de quien fuera el menor Walter David Bulacio de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 19 (Derechos del Niño), así como los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en detrimento de aquél y sus familiares, todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana.

Los hechos valorados por la Corte, son los siguientes:

El día 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o "razzia" de "más de ochenta personas" en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, lugar en donde se iba a realizar un concierto de música rock de la banda "Los Redonditos de Ricota". Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, con 17 años de edad, quien luego de

su detención fue trasladado a la Comisaría 35, específicamente a la "sala de menores" de la misma.

En este lugar fue golpeado por agentes policiales. Los menores detenidos fueron liberados progresivamente sin que se abriera causa penal en su contra y sin que conocieran, tampoco, el motivo de su detención. Tal situación nunca se notificó al Juez Correccional de Menores de turno, tal como lo requería la ley No. 10.903 y, en el caso particular de Walter David Bulacio, tampoco se notificó a sus familiares.

La madrugada del 20 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio alojado en la Seccional, tras haber vomitado, fue llevado en ambulancia al Hospital Municipal Pirovano, sin que sus padres o un Juez de Menores fueran notificados. El médico que lo atendió en ese hospital señaló que el joven presentaba lesiones y diagnosticó un "traumatismo craneano". El día 26 de abril siguiente, el joven Walter David Bulacio murió, habiendo previamente manifestado a su padre haber recibido una severa golpiza por parte de la policía.

La policía sospechada y procesada justificó su accionar en la aprehensión del joven Bulacio bajo la figura del "Memorandum 40", supuesta "orden tacita" realizada por los viejos jueces de menores de la capital a la policía de esa jurisdicción, para que éstos puedan aprehender de oficio – y sin necesidad de aviso judicial alguno- a menores de edad durante los fines de semana; para hacer entrega posterior a sus progenitores (instrumento que luego fue declarado inconstitucional por la Cámara de la Capital).-

Respecto a esta modalidad de aprehensión arbitraria, la Corte Interamericana en esta oportunidad a valorado lo siguiente:

* "Si bien la Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de "garantizar su seguridad y mantener el orden público"; sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos

fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho

* "En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, esta Corte ha señalado, al analizar el artículo 7 de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).

* "Quien sea detenido "tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal"; y si el detenido es un menor de edad, "dicha circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad..." (126)

* "La vulnerabilidad del detenido se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria. Entonces la persona se encuentra en completa indefensión, de la que surge un riesgo cierto de que se transgredan otros derechos, como son los correspondientes a la integridad física y al trato digno. El Estado debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a una persona que presentaba condiciones físicas normales cuando se inició su custodia y durante ésta o al término de la misma empeoró" (127)

* Asimismo, el detenido y quienes ejercen representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando ésta se produce, lo cual "constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa

del individuo... y además contribuye, en el caso de un menor a mitigar el impacto de la detención en la medida de lo posible" (128)

* Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad. "[U]n individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado" (129)

* "... La Corte considera probado que en la época de los hechos se llevaban a cabo en la Argentina prácticas policiales que incluían las denominadas *razzias*, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía. El *Memorandum* 40 facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos. Las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia– y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad" (137)

* "... Una vez más es preciso subrayar la condición de último recurso que posee el control social penal o cuasipenal, como es el atinente a los menores de edad. Las figuras de conducta que justifican la intervención sancionadora del Estado deben referirse a verdaderas afectaciones indebidas de bienes jurídicos, previstas legalmente, no apenas a situaciones de supuesto riesgo o peligro que hagan sospechar -- conforme al arbitrio de quienes las observan-- la posibilidad de que ocurra una transgresión, y con este "fundamento" pongan en curso el aparato represivo del Estado. Y en todo caso es preciso establecer una

clasificación racional de las conductas ilícitas, distribuidas en categorías bien sustentadas, que advierta la diferente gravedad de las infracciones y regule en consecuencia la reacción jurídica, sin incurrir en excesos propios de un sistema autoritario. Ciertamente hay que prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos, y a este fin sirve la función de policía en el Estado de Derecho, pero esa prevención no legitima acciones ilimitadas frente al comportamiento de jóvenes que no vulneran el orden jurídico, o lo quebrantan con acciones de escasa entidad o lesividad que no constituyen delitos ni debieran acarrear el trato y las consecuencias inherentes a éstos..." (del voto del Sr Juez Dr. Sergio García Ramírez).-

* "... Las medidas cautelares y de coerción --ante todo, la detención misma-- deben organizarse conforme a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista el carácter excepcional que debiera tener, en el orden jurídico de una sociedad democrática, cualquier restricción precautoria de derechos. Frecuentemente se han denunciado ciertas prácticas de detención colectiva --bajo la denominación de *razzias*, entre otras--, que corresponden a la insostenible lógica de las imputaciones generales, independientemente de las responsabilidades individuales. Si la afectación de un derecho debe ser consecuencia de una infracción prevista en la ley, y la responsabilidad de la persona es estrictamente individual, los medios de coerción y cautelares deben fundarse, asimismo, en la realización de conductas previstas y proscritas por la norma general y en consideraciones individuales que establezcan el nexo claro y probado entre el sujeto infractor y la medida restrictiva de los derechos de éste..." (idem anterior)

La Corte Interamericana --entonces- resuelve:

* Reconocer la responsabilidad internacional del Estado Argentino, pues éste violó los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter

David Bulacio, y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 38 de la presente Sentencia. (3,4)

*** “decidiendo que.... el Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (5)**

Y finalmente se sostiene:

*** “... La Corte se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento integral de la presente Sentencia. El procedimiento internacional sólo se dará por concluido cuando el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo...” (161)**

*** “... Esta Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 161 de la misma (Pto 14-parte resolutive)**

De este modo, y conforme a lo resuelto, entiendo que la normativa Provincial aludida en la presente acción de Habeas

Corpus preventivo, ya sean las contravenciones, la averiguación de identidad, o -figuras extrañas y de difícil genealogía- como la "entrega de menor"; son similares al famoso "memorándum 40", por el cual fuera aprehendido abusivamente por la policía el joven Bulacio; y por lo tanto su vigencia viola en forma palmaria lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso aludido, generando por ello grave responsabilidad internacional al Estado Argentino.-

De permanecer existentes estas figuras discrecionales; nadie puede prever que -en el futuro-, no vaya a existir un nuevo caso Bulacio.-

III.-5.- LA OBLIGATORIA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES.-

Cabe mencionar en este acápite que si bien el Estado Argentino no adecuado su legislación interna conforme ha sido establecido en Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, lo cual -como hemos ya dicho- significa un incumplimiento que acarrea grave responsabilidad internacional, por la cual deberá responder el Estado Argentino, tarde o temprano. Resta saber si la jurisdicción local, se encuentran forzados a su cumplimiento, en tanto obligatoria aplicación del derechos internacional de los derechos humanos por los tribunales locales.-

En numerosas oportunidades la Comisión Interamericana de DDHH ha señalado la importancia de que "los Estados, y en particular los jueces, cumplan con la obligación de aplicar los tratados internacionales, adaptando su legislación, o dictando resoluciones que cumplan con los estándares fijados por los tratados de Derechos Humanos".-

Afirma Martín Abregú, en la conocida obra sobre la aplicación de los Tratados de DDHH por los Tribunales locales: *"... Si desde el punto de vista del Derecho constitucional argentino el Estado se ha obligado para con sus súbditos a respetar los derechos humanos tal como ellos han sido reconocidos en los distintos instrumentos del DIDH, debe concluirse entonces necesariamente que, cada vez que un órgano internacional cuya competencia para controlar la vigencia de un tratado ha sido ratificada por el Estado argentino decide que el Gobierno ha violado o está violando los derechos humanos de una o más personas, esa decisión es obligatoria para los tribunales nacionales, en la medida en que ellos deben hacer efectivas las obligaciones del Estado de acuerdo a las interpretaciones de los órganos autorizados para ello. El razonamiento es simple: si los jueces argentinos están obligados a aplicar, por ejemplo, el art. 8 de la CADH, y en una resolución la Corte ha entendido que se ha violado este derecho, entonces los tribunales argentinos deberán intervenir dando cumplimiento a la resolución del tribunal internacional, en la medida en que, si no lo hicieran, estarían desconociendo el art. 8 de la CADH y, consecuentemente, violando la Constitución Nacional.."* (La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales; Edit. Del Puerto- CELS, Comp. a cargo Martín Abregú-Christian Courtis; Pag. 26).-

En el mismo sentido, pero en el ámbito del derecho minoril, la Corte Interamericana en Opinión Consultiva también ha señalado que *"... los Estados Partes deben comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas..."* (OC. 17/02)

A lo anterior es preciso agregar la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: "... Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...".-

Al analizar la operatividad directa e inmediata que implica la CIDN, Bidart Campos refiere que : *"... La Convención Internacional tiene desde la reforma del año 1994 jerarquía constitucional por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución. Ello significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico*. Ello implica, también, que leyes, decretos, y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual, y sentencias, deben aplicarla en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con las normas de la Convención sino en sentido positivo, adecuándose a lo prescripto por el tratado de modo que el tratado se desarrolle a través de esos dispositivos..."* (Cf. Bidart Campos, Germán, Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño, en El Derecho y los Chicos, María del Carmen Bianchi (comp.), Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 37)

Mary Beloff, conocida dioctrinaria argentina de la tematica minoril ha señalado que *"... a los tratados internacionales –mucho más cuando, como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional– hay que adjudicarles lo que se da en denominar "fuerza normativa". Quiere decir que son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial*

de control para descalificar las transgresiones, para esperar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etcétera"...
"La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reclama a los abogados y a los jueces un complicado trabajo jurídico a fin de hacer efectivos los derechos por ella reconocidos a los más chicos y en muchos casos, a los más vulnerables entre nosotros. Esta tarea es ciertamente compleja pero urgente en la medida en que el legislador no dé cumplimiento a la obligación de adecuar la legislación al instrumento internacional" (La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales; Edit. Del Puerto- CELS, Comp. a cargo Martín Abregú-Christian Curtis; Pag. 623 a 625).-

Por todo lo expuesto, entiendo si el Estado Argentino no adecuado su legislación interna local (en este caso Provincial) conforme ha sido establecido en Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, (incumplimiento que como dijimos acarrea grave responsabilidad internacional); es la jurisdicción local, la que debe corregir tal situación y hacer operativo el derecho internacional de los derechos humanos de los niños, en cumplimiento de lo normado por la Convención de los Derechos de Niño.-

III. 6.- A MODO DE CONCLUSIÓN.-

Conforme al desarrollo que hemos realizado, podemos decir que conviven -por el momento- dos Sistemas o Subsistemas paralelos que regulan el ámbito punitivo de los niños y niñas de la Provincia de la Provincia. Un sistema policial-discrecional subterráneo, que no es sometido a control judicial alguno y se encuentra a disposición de cada Seccional Policial para que éstas puedan privar de la libertad a menores de 18 años, ello bajo figuras o vías de hecho anacrónica como las de "contravención",

“averiguación de identidad”; o sin justificativo pero registrado bajo el lema “entrega menor”, los que tenían –podemos decir de algún modo- algún tipo de relación con el espíritu del viejo Sistema denominado Patronato de la Infancia y Proceso Inquisitivo.

Y por otro lado, un sistema nuevo, moderno, que deviene naturalmente de la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), que brinda garantías y controles estrictos sobre la relación de los niños como sujetos de derechos, frente al ámbito punitivo estatal. En este sistema los márgenes de “discrecionalidad” deben ser reducidos, o ser prácticamente inexistentes; y el control judicial de los actos llevados a cabo por el poder policial –especialmente frente a privaciones de la libertad- debe ser sumamente estricto.-

Ya se ha remarcado que la policía conforma la principal agencia de criminalización secundaria, y por ello cuenta con una amplia capacidad discrecional para administrar sus decisiones. Si bien la selectividad es estructural y no hay sistema penal en el mundo cuya regla general no sea la criminalización secundaria en razón de la vulnerabilidad del candidato, como bien explica E.R. Zaffaroni, lo cierto es que debe promoverse que esa característica estructural no alcance grados y modalidades aberrantes (Véase Zaffaroni – Alagia – Slokar “Derecho Penal. Parte General”, p. 12, Ediar, Buenos Aires, 2000).-

La aprehensión o privación de la libertad policial de menores de 18 años, con motivo del uso de figuras contravencionales y no por delitos, constituyen rémoras de actos policiales que provienen de la antigua Potestad de policía del Estado, cuyo origen puede ser hallado en el control de la moralidad, la higiene, orden público y las buenas costumbres de la población (Véase Michael Foucault, “Genealogía del Racismo, Altamira-Nordan Comunidad, Buenos Aires, 1998).

En el caso de la detención por averiguación de identidad aplicadas -en este caso- a menores de 18 años de edad, debería hallarse semejante potestad en viejas políticas "de mano dura" estatal (a contrario de políticas de prevención social) de que prefieren anticiparse al delito por medio de un severo control social de los sectores vulnerables, detectando la presencia de posibles sospechosos menores de 18 años en determinados lugares (véase Caravelos Sofía, en "Documentos por favor", en La Criminalización de la Protesta Social, Edit. La Grieta-2002).-

No creo posible pueda hacerse genealogía alguna respecto de la practica que, habitualmente, hace posible la aprehensión policial de menores de 18 años de edad, fuera de las figuras anteriormente expuestas, esto es "discrecional" y registradas en los libros policiales con el lema "entrega menor"; como así tampoco los casos en que los menores de 18 son llevados a esas dependencias con motivo de la existencia de un pedido de captura o paradero, que luego se encuentra o aparece fuera de toda vigencia.

Esas circunstancias, me imagino ocurren en el día a día, en el cotidiano, por lo que deben verse como parte de un arcaico sistema de control de la infancia, que de no detectarse a tiempo y suprimirse, puede que se corra el riesgo que subsistan en un cotidiano paralelo al vigente sistema de promoción y protección de derechos.-

Reitero, todas esas formas y practicas deben -a mi criterio- quedar de lado y ser declaradas ilegales, pues ponen en riesgo continuo la libertad ambulatoria de los menores de 18 años de edad, a la vez que incompatibilizan con el nuevo sistema de protección y promoción de derechos, así como ante el sistema de responsabilidad penal juvenil de tenor claramente garantista.

Puesto que de lo contrario -insisto- estaríamos avalando la existencia solapada de un régimen subterráneo al sistema penal,

no sólo anterior a él (anticipatorio-supuestamente preventivo), absolutamente discrecional y sin control judicial estricto; sino que a su vez dejaríamos abierta la posibilidad de que se naturalice y convalide para el futuro un orden invisible, cotidiano y de "baja intensidad" mucho más opresivo sobre las libertades públicas, a la vez que criminalizante y dañino para los niños y jóvenes, que aquel estatuido por la Comunidad Internacional y el actual legislador.-

De ser así, estaríamos permitiendo que el viejo sistema tutelar-discrecional-criminalizante siga funcionando silenciosamente en una doble moral de la que nadie querría dar cuenta.-

Por último cabe señalar que si bien el Estado Argentino no adecuado su legislación interna conforme ha sido establecido en Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, lo cual -como hemos ya dicho- ello significa un grave incumplimiento que acarrea responsabilidad internacional, por la cual debe ser la jurisdicción local, la que llame la atención al resto de los Poderes Públicos, en este caso provinciales, haciendo inmediatamente operativo el derecho internacional de los derechos humanos de los niños, en cumplimiento de lo normado por la Convención de los Derechos de Niño (art. 75 inc. 22 de la CN).-

IV.- PRUEBA.-

A la vez que se solicita a V.S tenga por acompañada la prueba documental que se adjunta, a los fines de analizar con mayor detenimiento los hechos denunciados en la presente Acción, se solicita se produzca y diligencie la siguiente prueba.-

a) Informativa:

a.I.- Se curse Oficio a las Jefaturas Departamentales de Policía pertenecientes al Depto. Judicial La Plata, a fin de que sus respectivos titulares informen respecto de:

El Protocolo de actuación por parte de los funcionarios policiales responsables de las distintas Comisarías distritales sobre las que ejerce superintendencia, respecto de las personas menores de 18 años de edad demoradas con motivo de infracción al Dec.- ley 8031/73; "averiguación de identidad" (art. 9 Ley 12155 y su modif. 13482 art. 15; y en los casos de "entrega a menor".-

a. II.- Se curse Oficio al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, a los fines de que éste informe a VS. los siguientes puntos:

- Número y cantidad de menores de 18 años que hayan sido aprehendidos con motivo de una contravención conforme Ley 8031/73, desde Enero de 2007 hasta la fecha en la Provincia de Buenos Aires.-
- Número y cantidad de menores de 18 años que hayan sido aprehendidos en el marco de la detención por averiguación de identidad (art. 15 ley 13482) desde Enero de 2007 a la fecha en la Provincia de Buenos Aires.-
- Cantidad de menores de 18 años que hayan sido aprehendidos y entregados a sus padres, bajo el concepto de "entrega menor", desde Enero de 2007 hasta la fecha en la Provincia de Buenos Aires. Asimismo informe a VS. cual es la fuente normativa que avala dicho proceder.

a. III.- Se curse Oficio al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, a los fines de que éste informe a VS. los siguientes puntos:

- Número y cantidad de menores de 18 años que hayan sido aprehendidos por registrar pedido de paradero y/o captura por un juez o Tribunal de Menores.-

- Número y cantidad de menores de 18 años que hayan sido aprehendidos por registrar pedido de paradero y/o captura y que el Juez o Tribunal de Menores hayan rechazado por no estar vigente y/o actualizado.-
- Periodo de tiempo en el cual el Ministerio de Seguridad controla y/o actualiza el registro de pedidos de paradero y/o captura de los menores de 18 años de edad, habitantes de esta Provincia.-

a. IV.- Se curse Oficio a los siguientes Órganos Jurisdiccionales a fin que estos informe a VS. acerca de los pedidos de de paradero y/o captura que con motivo de una aprehensión en la vía pública, se hayan rechazado durante el año 2008, por no estar vigente y/o actualizados.-

-Al Juzgado de Garantías nº 1 del Fuero Penal Minoril, del Departamento Judicial La Plata, calle 8 e/56 y 56, a cargo de la subrogancia de los Sres. Jueces, los Dres. Inés Siro y/o Fabian Cacivio.-

-Al Juzgado de Garantías nº 2 del Fuero Penal Minoril, del Departamento Judicial La Plata, calle 8 e/56 y 56, a cargo de la Dr. Fabian Cacivio-

-Al Juzgado de Garantías nº 3 del Fuero Penal Minoril, del Departamento Judicial La Plata, calle 8 e/56 y 56, a cargo de la Dr. Inés Siro.-

a. V.- Se curse Oficio al Juzgado de Paz de la localidad de Punta Indio, solicitándose a dicho Magistrado envíe a VS. *ad effectum videndi*, -o en su caso copia certificada- del expediente contravencional que allí tramitara contra un menor de edad: "S N s/infracción art. 72 del Dec. ley 8031/73".-

b) Testimonial.-

A los fines de ilustrar y desarrollar la cuestión aquí tratada desde el punto de vista de un testigo entendido, experto y

calificado en la temática específica, solicito a VS. se cite a prestar declaración testimonial, a las siguientes personas:

- Dr. Emilio García Mendez, Abogado, Doctor en Derecho UBA, experto en legislación sobre niños y adolescentes, autor reconocido de abundante bibliografía sobre la temática minoril; entre ellas podemos mencionar: Infancia, de los Derechos y la Justicia, Edic. del Puerto. Bs. As. 2004. Presidente de la Fundación Sur. Diputado Nacional. Domiciliado en la calle Rivadavia nº 1479 piso 2º, Depto. A, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

- Dra. Sofía Tiscornia, antropóloga, doctora en Filosofía y Letras por la UBA, Directora del Equipo de Antropología política y jurídica en la Sección Antropología Social de la facultad de filosofía y letras de la UBA. Es profesora en la carrera de Ciencias Antropológicas y en las maestrías de Derechos Humanos (UNaI) y Antropología Social (UBA). Dirige el área de Investigación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y es miembro de la Comisión Directiva del organismo. Es autora de libros y artículos en temas de violencia institucional y derechos humanos, autora del libro Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales, El caso Walter Bulacio; Edit. Del Puerto, Bs. As. 2008). Domiciliada en la calle Piedras al 547 Piso 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

V.-Plantea en subsidio se reconduzca por la vía de la Acción de Amparo – Solicita urgente medida cautelar.-

V.a.- Subsidiariamente, y en caso que VS. estime que la vía escogida del Habeas Corpus no resulta la adecuada o pertinente, se solicita se de curso a la presente por vía de Acción de Amparo; todo ello de conformidad con los arts 14, 14bis, 17, 18, 43, 75 inc. 22 de la C.N.; arts. 20 inc. 2º de la Constitución de la

Provincia de Bs. As.; art. 1 y sgts. de Ley 7166; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño (CIDN).-

V.b.- Solicita urgente medida cautelar para el caso de que VS. Se acoja a la vía del Amparo.-

A la luz de las consideraciones de hecho y de derecho hasta aquí efectuadas, y toda vez que esta parte ha acreditado la ilegalidad y manifiesta arbitrariedad del obrar administrativo policial, solicitamos a V.S. **el dictado de una urgente medida cautelar**, por la que se ordene al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, y por su intermedio al personal a su cargo asignado a cada una de las Seccionales policiales del Dpto. Judicial de La Plata:

1).- Se abstengan de implementar o continuar con: a) la aprehensión de menores de 18 años de edad con motivo en el decreto-ley 8031-73; b) la aprehensión de menores de 18 años de edad con motivo de detenciones por averiguación de identidad conforme art. 15 ley 13482, c) la aprehensión por otros motivos sean estos "entrega menor" y/o cualquier otro supuesto que no sea de los contemplados en el Código Penal, la ley 13.634 o 13298; d) la aprehensión de menores de 18 años de edad con motivo de capturas y/o averiguaciones de paradero no debidamente actualizadas y/o vigentes a la fecha. Todo ello hasta tanto se dirima la presente acción.-

2).- Asimismo, se solicita a VS. que la misma medida ordene al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, y por su intermedio al personal a su cargo

asignado a cada una de las Seccionales policiales del Dpto. Judicial de La Plata, que en el excepcional caso que se prive de la libertad a un menor de 18 años de edad, por la razón que esta sea, y siempre que no esté motivada en un delito de acción pública o en los supuestos que fueron prohibidos en el párrafo anterior; dicho menor de edad no podrá ser trasladado a las dependencias Policiales, sino que deberá ser llevado EN FORMA INMEDIATA al Servicio Local o Zonal de Protección y Promoción de derechos, dependiente de la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia, Ministerio de Desarrollo Social de la Pcia. Tal circunstancia deberá ser suficientemente motivada y puesta de inmediato en conocimiento y en forma fehaciente a las autoridades judiciales competentes.-

3) Por último se solicita se ordene a la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Pcia. asegure la permanencia dentro de las 24 hs del día, de lunes a domingo, de un lugar de atención dentro del Servicio Zonal y un número de teléfono permanentemente abierto con el cual pueda contactarse en forma inmediata el personal policial del Dpto. Judicial de La Plata; ello con el fin de dar inmediata respuesta y derivación a los casos expuestos en 2).-

Tal como sostiene la más destacada doctrina, a fin de explicar la procedencia de las medidas cautelares, debe tenerse en cuenta que antes o después de iniciado un proceso, y luego durante el tiempo que demanda la obtención de un reconocimiento judicial del derecho, pueden darse circunstancias que acaso frustren, en definitiva, la realización de la tutela judicial.

Ello pues, como es sabido, existe una imposibilidad práctica de llegar de un modo inmediato a dicha decisión, pues la declaración del derecho que se reclama no obra de manera instantánea. Entonces, es necesario aprontar los medios para asegurar su éxito, ya que: *"desde que el curso de las actividades indispensables para llegar a la declaración de certeza y a la ejecución posterior exige casi siempre el consumo de un lapso no breve, se presenta el peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de un modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto a llegar cuando el daño sea irreparable"* (MORELO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; BERIZONCE, Roberto Omar, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As. y de la Nación, Tº II-C, pag. 492 y ss., Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1986).-

Con respecto a la procedencia de las medidas cautelares suspensivas de los efectos de un acto o procedimientos desarrollados por la administración, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha sostenido desde siempre que la misma se encuentra condicionada a que se demuestre la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien la solicita y el peligro en la demora, el cual refiere a que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda no pueda, en los hechos, realizarse, o bien a que, durante el transcurso del tiempo, se produzcan daños que sean de difícil reparación ulterior (CNFed. Contencioso-administrativo, sala II, 2000/4/13. "Gutiérrez Garbo, María c/ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto", La Ley 2000-D, 914. Sala IV, 1999/5/13. "Peyrás Héctor c/ FEMESA", La Ley 2000-D, 580. Sala I, 1999/11/18, "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", La Ley 2000_D, 566, entre otros).-

Desde la doctrina se ha señalado que el fundamento general de las medidas cautelares contra la Administración descansa sobre dos pilares: el primero, garantizar el principio de legalidad en tiempo oportuno; y el segundo, la necesidad de evitar perjuicios graves, tanto para el Estado como para el particular, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la causa (Gambier, Beltrán y Zubiaur, Carlos: "Las medidas cautelares contra la Administración", L.L., Tº 1993-D-695.).-

En palabras de nuestro más Alto Tribunal, las medidas cautelares constituyen: *"...un arbitrio tendiente a preservar la razón de ser de la función jurisdiccional, que se sustenta en los principios generales del derecho, con fundamento en las exigencias del adecuado ejercicio del poder judicial, y cuyo objeto es la conservación, durante el juicio, del status quo erat ante"* (in re, "Compañía Argentina de Teléfonos S.A. c/ Santiago del Estero", sentencia del 14 de julio de 1961).-

Y, aun cuando las normas procesales indican que el juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, ello debe ser a su vez integrado, en su interpretación y aplicación, con las normas y hermenéuticas provenientes de la Convención Americana de los Derechos Humanos que impide la fuerza ejecutoria del acto administrativo como principio genérico y –aún más– impide la ejecutividad del acto y por ende su suspensión, ante la interposición de recursos administrativos por los particulares.

Resulta significativa, al respecto, la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la causa "Kraska contra Suiza" del 19 de abril de 1993, por la cual se estableció el principio de igualdad de armas del ciudadano y la Administración, tanto en el procedimiento administrativo como en los procesos judiciales.

En efecto, y fundado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, idéntico al artículo 8 de la mencionada Convención Americana, sostuvo que la garantía de defensa *"...se ve enfocada desde el *principio de igualdad de armas, que motiva que el proceso se construya en todas sus fases, instancias y trámites de forma equilibrada para las partes personadas, de modo que éstas no gocen de ninguna ventaja en la exposición de sus alegaciones, que no sufran ningún trato discriminatorio o injustificado de la Administración y valoración de las pruebas que menoscabe su posición procesal, y que el fallo judicial se elabore de modo equitativo sobre el mismo proceso* (Bandre Sanchez-Cruzat, José Manuel, "Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)", pág., 99, Editorial Civitas, Madrid, 1996).-

Por ello, se ha sostenido (Conf. Salomoni, Jorge Luis, Ejecutoriedad del Acto Administrativo: La Constitución de 1994 y el artículo 12 de la Ley Nº 19.549, Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 167 y sig) que dicha doctrina es plenamente aplicable a los ordenamientos jurídicos administrativos de la República Argentina y de los países miembros del MERCOSUR, por aplicación directa de la Convención Americana de los Derechos Humanos. En consecuencia, la aplicación de este principio amplía de tal forma las razones establecidas en el Código de Procedimientos bonaerense, que transforma la excepción en principio: VS. debe dictar una medida que suspenda la ejecutoriedad del acto o, en su caso, del procedimiento.-

Ello así pues, ante la potestad de la administración de ejecutar el acto administrativo, y existiendo una flagrante violación a derechos jurídicamente tutelados por la Constitución nacional y

demás normas de jerarquía constitucional ya citadas, la aplicación del principio de igualdad de armas le impone a la autoridad administrativa, o en su defecto a la autoridad judicial, la obligación de suspender la ejecutoriedad de ese acto o procedimiento como garantía para el particular que lo equipara en armas al Estado.-

Por otro lado, también es de destacar que de la interpretación armónica de los artículos 8 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica, este tratado garantiza a todo ser humano el derecho a la "tutela judicial efectiva".

El artículo 8 del Pacto constituye una vía apta para el ejercicio eficaz del derecho a la jurisdicción, una garantía de un buen proceso, sea civil, penal, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, una garantía de una buena administración de justicia, condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de las personas menores de edad cuyos derechos u obligaciones se encuentran a consideración de la justicia. Por su parte, el artículo 25.1 de la misma Convención, bajo el título de protección judicial, establece el derecho a un recurso rápido y sencillo.-

El derecho a la tutela judicial efectiva, no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, que ante ellos pueda manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige, también, que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea puesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el

reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de la alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones (Sentencia de primera instancia del Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nº 6. Expte 14.225/2001 "AFA c/EN – PEN – Dto 493/01 s/proceso de conocimiento". Citando a Cano Mata, Antonio "El Derecho a la tutela judicial efectiva en la Doctrina del Tribunal Constitucional. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. España. 1984. Pag. 13).-

Entendiendo que la medida cautelar, *"... responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede ... desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situación contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento ..."* (Bacigalupo Mariano "La nueva tutela cautelar en lo contencioso administrativo" Ed. Marcial Pons. Madrid. 1999. Pag. 51.), de no decretarse la suspensión de la normativa y los actos que aquí se denuncian respecto de las personas menores de edad, ello importaría una violación grave al derecho de la tutela judicial efectiva, amparado a través de la Convención de los Derechos del Niño, el Art. 75 inc. 22) de nuestra Constitución Nacional (Art. 8 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica).-

De lo precedentemente expuesto, se desprende que en el presente caso resulta indispensable, a los efectos de no generar más perjuicios de naturaleza irreparable a las personas menores de 18 años de edad que son y puedan ser objeto en el futuro de la normativa y practicas aquí denunciadas; el dictado de una medida cautelar por la que se suspenda la posibilidad de privar de la libertad a dichas personas, por el motivo que éste sea (siempre y cuando no se trate de un delito de acción pública), ello hasta tanto se

resuelva la viabilidad de la acción de amparo o declaración de inconstitucionalidad aquí interpuesta.-

A continuación se explicitarán los hechos y las fundamentaciones de derecho que hacen a la procedencia de la medida cautelar solicitada a V.S.-

V.b.1 Verosimilitud del Derecho.

Respecto del primer requisito exigido para la procedencia de una medida cautelar, sostiene la jurisprudencia que: "*Para la procedencia de la medida cautelar, sólo hace falta acreditar la posibilidad razonable de que exista el derecho invocado*" (CNCiv., sala B, Julio 4-991.- Club Italiano c. Municipalidad de Buenos Aires) LA LEY, 1992-E, 592, J. Agrup., caso 8396).-

Para que la medida cautelar por la cual se solicita la suspensión de los efectos de un actuar administrativo resulte procedente, tanto la jurisprudencia como la doctrina administrativista, sostienen que el interesado debe alegar y probar la existencia de una ilegalidad en el procedimiento llevado a cabo, en cumplimiento del requisito de verosimilitud del derecho.

Todo ello nos lleva a sostener que existe en estos autos suficiente verosimilitud del derecho, en razón de la manifiesta ilegalidad que ostenta el accionar policial en los casos y motivos aquí denunciados, siempre frente a personas menores de 18 años de edad; ello para que V.S. otorgue de inmediato la protección cautelar.-

VIII.- 2) Peligro en la demora.

Es dable destacar con relación al segundo de los presupuestos exigidos, para la procedencia del dictado de una medida cautelar, tal como se ha venido manifestando, que el objeto de la misma es evitar el peligro que supone tener que

someterse a un proceso cuya lentitud amenaza con producir un daño que resultaría irreversible.-

En efecto, por su intermedio se busca otorgar protección provisional y urgente a un derecho que se encuentra amenazado por un daño ya producido o de inminente producción, mientras dura el proceso en que se discute la pretensión del particular agredido o amenazado.

Por lo tanto, es el peligro que se deriva ante la posibilidad de que se produzca algún cambio en la situación que se pretende asegurar, el que cautelarmente hay que frenar, por medio de una medida como la solicitada, ello en tanto, el sometimiento a un tiempo de proceso más lento provocaría un daño o perjuicio irreparable o de difícil reparación.-

En tal sentido la jurisprudencia ha manifestado que: *"El peligro en la demora está constituido por un temor fundado, de la producción de un daño a un derecho cuya protección se persigue, y que de no efectivizarse la medida en forma inmediata, se corre el riesgo de que la sentencia que recaiga permanezca incumplida"* (CNCiv. Sala E, octubre 7-992. – Pezzo, Carlos c. Ostrousky – LL., 1993-C, 443, J. Agrup., caso 9082).-

Debiendo recordarse, asimismo, lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia nacional en el sentido de que: *"...si bien es cierto que en el marco del procedimiento administrativo y como consecuencia de la presunción de legitimidad o legalidad del que están investidos los actos administrativos, éstos tienen fuerza ejecutoria (...) no es menos cierto que la suspensión siempre será posible por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta (art. 12, ley 19.459)..."* (CNCont.-adm., Fed., sala V, sentencia del 14 de abril de 1999, in re: "Pailos, E. G. c. Universidad de Buenos Aires.")

Sostenemos, pues, que también se da en la especie este requisito, configurado por los ostensibles perjuicios que de seguirse con el procedimiento se ocasionarán, en cuanto la normativa y practicas aplicadas a niños, niñas y adolescentes anteriormente descripto afecta palmaria y concretamente arts. 37 y 40 CIDN; arts. 16, 18, 19 CN; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP).-

Sobre el requisito del peligro en la demora, la jurisprudencia tiene dicho en forma reiterada que: *"El periculum in mora está dado por la existencia de un interés jurídico que justifique la admisibilidad de la medida, y que se traduce en el estado de peligro en que se encuentra el derecho principal, o la posibilidad o certidumbre de que la actuación normal del derecho llegará tarde"* (conf. C.N.A.C.A.F., in re "Goodbar Pablo", sentencia del 28 de marzo de 1996).-

VI.- Petitorio.

Por lo expuesto, de V.S. solicito:

- 1.-** Se Tenga por presentado esta acción de habeas corpus preventivo.-
- 2.-** Se tenga presente la prueba documental acompañada y se diligencie y produzca la prueba peticionada en punto IV.-
- 3.-** Se haga lugar al mismo, declarando como inconstitucional toda normativa de esta Provincia (sean estas *"contravenciones"* a menores de 18 años de edad, *"detención por averiguación de identidad"* aplicadas a menores de edad), o en su caso toda acción, practica o vía de hecho ilegal (*"entrega a menor- sin justificación"*, *"pedido de paradero/captura no actualizada debidamente"*) que por medio de la actividad del Ministerio de Seguridad y sus dependencias policiales pcial., pongan en juego o riesgo en forma actual/inminente/potencial la libertad de los menores que pisen este departamento judicial de La Plata,

vulnerando -de ese modo- garantías de rango constitucional y normas supranacionales que hacen a la infancia (art. 3, 12, 37, 40 de la CIDN, art. 75 inc. 22, 16, 18, 19; 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; art. 14 inc. 1 y 2, 17 1° PIDCyP; leyes Provinciales 13298 y 13634).-

4.- Subsidiariamente, y en caso que VS. estime que la vía escogida del Habeas Corpus Preventivo no resulta la adecuada o pertinente, se solicita se de curso a la presente, por vía de Acción de Amparo y -asimismo- disponga una medida cautelar que suspenda de inmediato los efectos de la normativa y los actos cuestionados; ello hasta tanto resuelva el fondo traído (arts. 14, 14bis, 17, 18, 75 inc. 22 de la C.N.; arts. 20 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; art. 1 y sgts. de Ley 7166; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño (CIDN).-

5.- Se haga saber a los tres Poderes Constitucionales de la Provincia de Buenos Aires la necesidad de adecuar -en el plazo más breve posible- la normativa local a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003.-

6.- Hago expresa reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia Nacional, en los términos de los arts. 14 y 16, segundo párrafo, de la ley 48 y la doctrina emergente del mismo (CSJN "Strada- Fallos, 308:490, "Di Mascio-Fallos 311:2478). Ello por encontrarse comprometidas, conforme lo planteado, la libertad ambulatoria, el ámbito de su reserva, así como las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso sustantivo de los niños, niñas y adolescentes (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 3, 12, 37 y 40 de la CIDN, 11 y 25 de la Const. Prov- y CSJN

M.1022.XXXIX. Recurso de Hecho. Maldonado Daniel Enrique y otro s/ robo agravado); y la obligación de velar por la forma federal de gobierno, la potestad provincial de administrar justicia y la supremacía de la Carta Magna (arts. 1, 5, 31, 116, 117 y 118 de la C.N.).-

Provea V.E. de conformidad, que
SERÁ JUSTICIA.-