

(R)-15918-"DEFENSORIA OFICIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL N° 16 S/ HABEAS CORPUS"

La Plata, 30 de octubre de 2008.-

AUTOS Y VISTOS: La presente causa caratulada "DEFENSORIA OFICIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL N° 16 S/ HABEAS CORPUS", en trámite por ante este Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, a mi cargo, de la que,-

RESULTA:-

1. Que a fs.44/78 se presenta el Dr. Julián Axat, en su condición de Titular de la Defensoría ante el Fuero de Responsabilidad Juvenil N° 16, del Departamento Judicial La Plata, quien interpone acción de Habeas Corpus, conforme a los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional y arts. 16 y 20 de la Constitución Provincial, por la amenaza actual, inminente y potencial que padecen todos los niños, niñas y jóvenes del Departamento Judicial La Plata, a partir del cercenamiento de su libertad ambulatoria, realizado con motivo de ilegales, arbitrarias e inconstitucionales figuras policiales que se llevan a cabo sin el debido control judicial del fuero especializado, consistentes en “contravenciones” (arts. 19, 24, 128 del Decreto-Ley N° 8.031/73); “detención por averiguación de identidad” (art. 15 Ley N° 13.482); aprehensiones registradas como “entrega de menor”; y “pedidos de captura” o averiguaciones de paradero de menores no actualizadas.-

Manifiesta que frente a los cambios operados en el sistema de responsabilidad penal juvenil y la derogación del régimen de Patronato-tutelar de la infancia (Decreto-Ley N° 10.067/83), todavía subsisten y conviven pacíficamente en su interior, rémoras e intersticios normativos-administrativos de raigambre tutelar contrarias a la Convención de los Derechos del Niño y a los más básicos derechos humanos de la infancia, que colocan en cabeza de la policía 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.-

Al respecto señala que el 14-VIII-2008, requirió a las Policías Departamentales de La Plata, que comunicaran de manera inmediata cualquier privación de la libertad (independientemente de su causa y/o motivo) que tuviera lugar en seccionales policiales de este Departamento Judicial.-

Agrega que en virtud de ello, recibieron anoticiamientos formales acerca de hechos ilícitos supuestamente cometidos por menores de 18 años de edad, aunque a partir de una consulta proveniente del Juzgado de Paz de la localidad de Punta Indio, respecto de una contravención de un menor, le resultó extraño que no hubiere sido cursada la respectiva comunicación policial, tal como había sido solicitado.-

En virtud de ello, y frente a la posible existencia de otras actuaciones similares, con fecha 17-IX-2008, libró oficios a todas las seccionales policiales del Departamento Judicial La Plata, para que informaran sobre las aprehensiones registradas desde el inicio del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, por aplicación del Decreto-Ley N° 8.031/73, o averiguaciones de identidad según lo reglado por el art. 15 de la Ley N° 13.482. De este modo, pudo comprobar que se habían efectuado privaciones de la libertad en sede policial por aplicación de la citada normativa, y en ejercicio de una figura que carece de sustento normativo denominada “entrega de menor”.-

Agrega que también se han constatado privaciones de la libertad a menores de 18 años de edad, por supuestos pedidos de averiguación de paradero o captura, registrados por orden de un Tribunal o Juez de menores del viejo sistema del Patronato, los cuales -si bien se encuentran registrados en Sistema de Información Policial-, no se hallan vigentes y/o actualizados a la fecha de la aprehensión; derivando en un ejercicio abusivo de privación de la libertad.-

Sostiene que coexisten -por el momento- dos Sistemas o Subsistemas paralelos que regulan el ámbito punitivo de los niños y niñas de la Provincia. Uno policial-discrecional subterráneo, sin control judicial alguno, que ejercita la

policía, para privar de la libertad a menores de 18 años, bajo figuras o vías de hecho anacrónicas (“contravención” y “averiguación de identidad”); o sin justificativo, pero registradas bajo el lema “entrega menor”, vinculadas al espíritu del viejo sistema denominado Patronato de la Infancia y Proceso Inquisitivo. Ello junto a la vigencia de un nuevo sistema, que deviene naturalmente de la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), con 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 prácticamente inexistentes; mientras que el control judicial de los actos llevados a cabo por el poder policial – especialmente frente a privaciones de la libertad- debe ser sumamente estricto.-
Agrega que la aprehensión o privación de la libertad policial de menores de 18 años, por aplicación de figuras contravencionales, 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.-

Manifiesta que la detención por averiguación de identidad aplicada a menores de 18 años de edad, encuentra su justificación en viejas políticas “de mano dura” estatal 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.-

Sostiene que la figura denominada “entrega de menor” constituye una vía de hecho administrativa, carente de todo sustento normativo.-

Afirma que todas esas practicas deben 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 resultan incompatibles con el nuevo sistema de protección y promoción de derechos, y con el sistema de responsabilidad penal juvenil de sesgo claramente garantista. A su entender, la admisión de aquellas prácticas, implica avalar la existencia solapada de un régimen subterráneo del

sistema penal, no sólo anterior a él (anticipatorio, supuestamente preventivo), absolutamente discrecional y sin control judicial estricto; dejando 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.-

Finalmente señala que si bien el Estado Argentino no ha adecuado su legislación interna a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bulacio Vs. Argentina”, circunstancia que compromete la responsabilidad internacional del Estado, de modo que corresponde a la jurisdicción local, determinar de inmediato, la operatividad del 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).-

En virtud de todo ello, solicita se haga lugar al Habeas Corpus Preventivo articulado, y se declaren inconstitucionales las figuras aludidas, como así también, toda acción o practica ilegal que pongan en juego la libertad ambulatoria de los niños, niñas y jóvenes de este Departamento Judicial de La Plata.-

2. Que a fs. 80, se dio trámite a la acción de hábeas corpus colectivo (arts. 43 de la CN; 20 de la CPBA y 405 y sigtes. del CPP); se requirió un informe al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y se convocó a las partes a una audiencia de índole informativa y conciliatoria.-

Que a fs. 89/131, se produjo el informe, presentado por el Dr. Carlos Alberto Stagnaro, en carácter de Subsecretario de Seguridad del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, en el cual se detallan los ingresos de menores en cada una de las dependencias policiales del Departamento Judicial La Plata, desde el día 1-VII-2008 hasta el día 19-IX-2008, discriminadas según el objeto de la acción, en “contravenciones” (arts. 19, 24,

128 del Decreto-Ley N° 8.031/73); “detención por averiguación de identidad” (art. 15 Ley N° 13.482); aprehensiones registradas como “entrega de menor”; y “pedidos de captura” o averiguaciones de paradero.-

3. Que a fs. 83/84, la Dra. María Raquel Ponzinibbio, en carácter de Titular de la Defensoría Oficial N° 14 ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, del Departamento Judicial la Plata, se presentó en autos en calidad de adherente. Agregó, en su presentación, que durante el periodo en el cual la Defensoría a su cargo se hallaba de turno, se verificaron parte de los hechos que motivaron la promoción de esta acción, es decir, la privación de la libertad de los menores de edad sin el debido control judicial, motivadas en contravenciones, averiguación de identidad y entrega menor, conforme surge del informe del Actuario, agregado en autos a fs. 85, razón por la cual, solicita se haga lugar a la acción de hábeas corpus oportunamente incoada.-

4. Que a fs. 146/147, obra el acta de la audiencia, que se llevó a cabo el día 10-X-2008, a la que asistió el Dr. Julián Axat y el Dr. Francisco Massera, por la actora; el Dr. Martín Jorge Lasarte, apoderado de la Fiscalía de Estado; el Dr. Angel Osvaldo Zanotti, Asesor Letrado de la Unidad de Ministro del Ministerio de Seguridad; El Dr. Carlos Horacio Martiarena, y la Dra. Cecilia Inés Abalos, por la Subsecretaría de la Niñez y Adolescencia del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, sin que se haya arribado a una solución concreta para ser tenida en cuenta en esta sentencia.-

5. Que en el trámite del Habeas Corpus interpuesto ante este juzgado, fueron anexadas al expediente las presentaciones en carácter de amigos del tribunal, articuladas por la Fundación Sur Argentina (fs. 198/206), la Comisión Provincial por la Memoria (fs. 222/234), y el Colectivo de Investigación y Acción Jurídica (fs. 263/273).-

En ellas, las entidades y organismos mencionados aportaron argumentos de derecho y jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio para conocimiento del infrascripto.-

6. En función de lo actuado, la causa quedó en estado de dictar sentencia, y.-

CONSIDERANDO:-

1. Que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias admitían, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la posibilidad de articular un habeas corpus de naturaleza preventiva, circunstancia que se vio corroborada por la expresa referencia que formula el actual art. 43 de la Constitución Nacional, vinculado a la procedencia del habeas corpus cuando el derecho a la libertad física se encuentre amenazado (Conf. Sagües, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional. Habeas Corpus, Ed. Astrea, 3º edición, 1998, pág. 222).-

Por su parte, pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento colectivo, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el accionante, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos mencionados en el párrafo segundo del art. 43, con igual o mayor razón, se ha de interpretar que la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario, del que se ocupa especialmente, no para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (CSJN V. 856. XXXVIII. “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Sentencia del 3-V-2005, Considerando 16).-

Por otra parte, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Lifschitz” del 15-VI-2004 que: “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122 y sus citas)”; -véase asimismo SCBA: Causa 68.599, sent. del 22-X-2008, en especial el voto del Dr. De Lázzari.-

2. Delimitación de las cuestiones a resolver.-

Sentado ello corresponde señalar que conforme ha sido planteada la presente acción corresponde expedirme respecto de la constitucionalidad y legitimidad de las contravenciones, detenciones por averiguación de identidad y aprehensiones registradas bajo el lema “entrega a menor” aplicadas todas ellas a personas menores de 18 años de edad, como así también respecto de las capturas o averiguaciones de paraderos de menores no actualizadas y del pedido de exhortación a los poderes públicos provinciales para que den cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bulacio Vs. Argentina”, siendo necesario en forma previa a todo ello abordar la cuestión vinculada al cambio del sistema de responsabilidad penal minoril.-

3. El cambio del sistema normativo.-

Con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos se ha producido en el orden normativo cambios sustanciales en la manera de concebir los derechos de niños y jóvenes (Beloff, Mary, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en García Méndez, Emilio - Beloff, Mary (Compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 3º edición, Ed. Temis, Bogotá, 2004, Tomo 1, pág. 95). Dicha Convención que tiene aprobación ratificada por Argentina en 1990 y con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22 de la CN) establece que los niños son sujetos plenos de derechos y que gozan de los mismos derechos que los adultos, más los específicos por su especial condición de personas que están en proceso de crecimiento. Este instrumento internacional constituye el pilar fundamental e inaugural del nuevo modelo (Conf. Ungaro, Betina D., *Procedimiento de responsabilidad penal juvenil de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Cathedra Jurídica, 2008, pág. 45). Esta Convención recepta una serie de principios y disposiciones relativos a la protección de los niños, tales como la necesidad de atender el interés superior

del niño, la posibilidad de que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; etc.-

Señala Beloff que “las leyes y prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación a la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como ‘modelo tutelar’, ‘filantrópico’, ‘de la situación irregular’, o ‘asistencialista’, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas” (Beloff, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, 2004, pág. 4).-

Los Estados Partes de la Convención se comprometieron a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la misma (art. 4).-

De esta manera se fueron produciendo cambios que implicaban el abandono del modelo tutelar, a fin de adoptar lo que se ha dado en llamar el modelo de la protección integral de los derechos del niño. Este cambio implicó dejar de tratar a los menores como objeto de tutela y represión para considerarlos como sujetos plenos de derecho (Conf. Beloff, Mary, “Los sistemas ...”, Op. Cit., pág. 95).-

En ese contexto, el 28-XII-2006 se sancionó la Ley N° 13.634 de implementación de los fueros de Familia y de Responsabilidad Penal Juvenil, norma que se complementa con la Ley N° 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Se ha señalado que el aporte fundamental de la primera de las leyes citadas ha sido “otorgar a los órganos judiciales creados al efecto una nueva forma de intervenir y de dar respuesta a las situaciones de riesgo y abandono en las que puede hallarse un niño, concibiéndose la violación de sus derechos como una vulneración de los derechos humanos” (Conf. Ungaro, Betina D., Procedimiento ..., Op. Cit., pág. 81). Dicha norma, además de implementar los fueros antes mencionados, establece un proceso penal acusatorio que garantiza a aquellos niños, niñas y

adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal, los mismos derechos y garantías reconocidos a los adultos, además de las garantías especiales que les corresponden por su condición y etapa madurativa. La creación de un fuero especializado se encuentra en plena coincidencia con el principio de especialidad consagrado en el art. 40 inc. 3 de la Convención de los Derechos del Niño. A fin de resolver el conflicto penal y con una clara finalidad restaurativa, se consagran mecanismos alternativos y criterios de oportunidad, teniendo en vista tanto el interés general como también el particular del damnificado. La aplicación de penas resulta excepcional, reservándose para los conflictos más graves (principio de mínima intervención punitiva). En principio, el proceso transcurrirá sin coerción personal y la restricción de la libertad será una medida excepcional, a adoptar como medida de último recurso. También se establece que el funcionario o auxiliar de policía que haya practicado la aprehensión de un joven deberá comunicarla inmediatamente a los padres, tutores o responsables, al agente fiscal, al defensor oficial y al juez de garantías, indicando el motivo de la aprehensión, el lugar de alojamiento o donde será conducido.-

En lo que respecta a la Ley N° 13.298, la misma abandona el esquema tutelar en la provincia de Buenos Aires, derogando el Decreto-Ley N° 10.067/83. El citado cuerpo normativo diferencia claramente la materia asistencial de la penal, asigna a la familia un lugar central en la contención del menor de edad, desjudicializa los conflictos sociales que involucran al niño, trasladando el tratamiento de las cuestiones asistenciales a los servicios locales de Promoción y Protección de Derechos, y establece que en ningún caso las medidas de protección que se adopten podrán consistir en privación de la libertad del niño, entre otras cuestiones.-

4. La aplicación del Código Contravencional a menores de 18 años.-

4.1. Como quedo establecido en el considerando 3 de la presente, la sanción de la Ley N° 13.298, y la Ley N° 13.634 implicó un cambio de paradigma

respecto de los menores de edad, colocándolos en situación de sujetos de derechos regulares, desmembrando así, la idea de irregularidad que caracterizaba el anterior paradigma del patronato de menores.-

Se debe tener presente que las leyes N° 13.298 y N° 13.634, derogaron el Decreto-Ley N° 10.067/83, sin atribuir en su articulado la competencia en materia contravencional a los magistrados del nuevo fuero.-

Dicha omisión, no puede ser considerada como un simple olvido del legislador, atento a las reglas de interpretación legislativa fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto el máximo tribunal nacional ha afirmado que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167). Por lo demás, la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen (Fallos: 306:721; 307:518), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos empleados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos (Fallos: 200:165). Por lo que corresponde interpretar la falta de asignación a los jueces del nuevo fuero, de la competencia contravencional que tenían los jueces de menores, en el sentido de considerar que de la política establecida por las leyes N° 13.298 y N° 13.634, resulta absolutamente incompatible con el régimen contravencional del Decreto-Ley N° 8.031/73.-

De todo ello surge clara la imposibilidad de aplicar la figuras contravencionales consagradas en el Decreto-Ley N° 8.031/73 a menores de 18 años de edad, por resultar ajenas al nuevo Sistema de Promoción y Protección de derechos de la infancia, que no las ha contemplado dentro de la competencia de los jueces del fuero especializado, y cuya aplicación por parte de otros magistrados no puede admitirse sin vulnerar el principio de especialidad, las garantías procesales que establecen los art. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, y el principio de Remisión al Sistema Protección y

Protección de Derechos (art. 63 de la Ley N° 13.634).-

4.2. Ha sostenido la Corte Interamericana que “toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”; y el art. 5 inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica establece la necesidad de que los procesos relacionados con menores de edad sean llevados antes jueces especializados (Conf. CIDH, Opinión Consultiva N° 17/02).-

La nueva legislación bonaerense no hace mas que ajustar sus estándares a lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño que 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” (art. 40.3). Esta norma viene a consagrar el principio de especialidad, conforme al cual, frente a cualquier controversia o situación que involucre a niños y adolescentes, se ha de preservar la especialidad de los organismos que han de intervenir.-

4.3. Asimismo, resulta irrazonable y de imposible articulación, la coexistencia de los principios de mínima intervención y subsidiariedad (art. 37 b, 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 33, 34 de la Ley N° 13.634), que gobiernan el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, con las sanciones y medidas de coerción previstas en el Decreto-Ley N° 8.031/73.-

En efecto, el capítulo II del Decreto-Ley N° 8.031/73, relativo a las penas o sanciones no recepta el principio de subsidiariedad (arts. 33 y 44 de la Ley N° 13.634), en tanto los tipos de pena establecidos resultan de aplicación discrecional para el juez contravencional. No existe ningún tipo de prelación entre las penas o sanciones allí establecidas, ni consideración específica respecto de los menores de edad (a excepción de los arts. 10 y 11.2, 19 y 24).-

Por otra parte, la aplicación del sistema represivo contravencional a menores de 18 años de edad, llevaría al absurdo de admitir la sanción de los mismos,

por la comisión de determinadas contravenciones, cuando en el orden nacional se encuentra consagrada la no punición de todos los delitos de acción privada y los reprimidos con pena privativa de la libertad que no excedan de dos años, con multa o inhabilitación (art. 1 del Decreto-Ley N° 22.278/80). En definitiva traería aparejada la aplicación de una sanción mas grave que la que le corresponde por la comisión de determinados delitos respecto de los cuales los menores de 18 años de edad no son punibles.-

No resulta razonable que habiendo renunciado el Estado a la posibilidad de sancionar penalmente a un menor de 18 años por la comisión de determinados delitos, se promueva la aplicación de sanciones a los mismos por infracciones contravencionales.-

Dicho razonamiento se ve reforzado por la plena vigencia del principio de mínima intervención punitiva sobre los menores de edad (conf. arts. 40 inc. 4 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 32 de la Ley N° 13.634, Regla N° 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing-), que no encuentra recepción en las previsiones establecidas por el Decreto-Ley N° 8.031/73.-

4.4. A lo señalado hasta aquí se debe agregar que el ámbito natural de cumplimiento de las sanciones y medidas cautelares que prevé el Decreto-Ley N° 8.031/73, son las comisarías, circunstancia que desconoce la terminante prohibición impuesta a las autoridades provinciales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus”, Sentencia del 3-V-2005.-

4.5. Por otra parte, corresponde señalar que la conducta que motiva la intervención punitiva del Estado frente a niños, niñas y adolescentes debe ser penalmente típica y garantizar la vigencia del principio de legalidad penal, conforme lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar 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 (Conf. CIDH, Caso “Castillo Petruzzi y otros”, Sentencia del 30-V-1999, párrafo 121); y que esta constituye una garantía prevista en el artículo 9 de la Convención Americana de Derecho Humanos, que debe ser otorgada a los niños (Conf. CIDH, Opinión Consultiva N° 17/02, párrafo 108).-

En virtud de ello, la aplicación a menores de 18 años de edad de un régimen donde se contemple la punición de infracciones que no sean típicamente penales, que contempla figuras abiertas y otorgue márgenes de actuación ampliamente discrecionales a la autoridad policial, además de violar el principio de especialidad, vulnera el principio de legalidad penal.-

4.6. Sentado ello, es criterio del infrascripto que el art. 19 inc. “b” del Decreto-Ley N° 8.031/73, al consagrar la punibilidad de los jóvenes de 16 y 17 años por las contravenciones contenidas en dicha normativa, devino inconstitucional, a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y de su posterior incorporación al ordenamiento constitucional (art. 75 inc. 22 de CN).-

Lo expuesto no implica afirmar que el nuevo sistema implementado en la Provincia de Buenos Aires no prevea solución alguna a los supuestos que con anterioridad quedaban enmarcados en las figuras contempladas por el Decreto-Ley N° 8.031/73: frente a una infracción contravencional cometida por un menor de 18 años de edad, corresponde poner inmediatamente en conocimiento (conforme a lo establecido por el art. 41 de la Ley N° 13.634) de los organismos administrativos de protección y promoción previstos por las leyes N° 13.298 y N° 13.634, y comunicar dicha intervención de inmediato a los funcionarios judiciales competentes a fin de que puedan ejercer el debido control judicial de la medida.-

En los citados supuestos, podrá aplicarse el comiso establecido en el art. 13 del Decreto-Ley N° 8.031/73, respecto de los objetos que puedan resultar

peligrosos o nocivos para la vida, la integridad física o la salud del menor de edad o de terceros, para salvaguardar el interés superior del niño.-

5. Averiguación de identidad.-

5.1 Seguidamente se analizará la segunda figura denunciada por el accionante, que consiste en la detención de menores de 18 años de edad por averiguación de antecedentes.-

La Ley N° 13.482, en su art. 15 inc. "c" establece que "El personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos: [...] 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".-

Al respecto corresponde señalar que recientemente ha sido declarada la inconstitucionalidad de esta norma por cuanto la facultad prevista en la norma vulnera la garantía primaria de libertad, los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, legalidad y control judicial efectivo (Conf. Juzgado de Garantías N° 4 de Mar del Plata, causa "G., Lucas Oscar s/habeas corpus preventivo", sentencia del 30-VI-2008); circunstancia que se ve agravada cuando se pretende aplicar la figura a menores de 18 años de edad, por afectar otros principios constitucionales (art. 75 inc. 22 de la CN y arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño).-

5.2. En primer lugar resulta irrazonable que se faculte a la autoridad policial para privar de la libertad a un menor de 18 años de edad, por idéntico término al establecido para el caso de una aprehensión dispuesta frente a la existencia de posible un delito.-

En efecto, el art. 41 de la Ley N° 13.634 establece un plazo de doce (12) horas para determinar la procedencia o no de la detención, cuando el menor fuera aprehendido en flagrancia frente a una situación de conflicto con la ley penal. Plazo que coincide con el establecido por el inc. "c" del art. 15 de la Ley N° 13.482, que sería aplicable en aquellos casos en que la autoridad policial considere necesario conocer la identidad de un menor de edad.-

En consecuencia, con la modificación del sistema de responsabilidad penal juvenil, las aprehensiones preventivas de menores de edad en la vía pública por averiguación de identidad, se han transformado en una facultad policial desproporcionada en relación a los principios que rigen el sistema, circunstancia que ve agravada por la detención en comisarías, desconociendo de esta forma, la terminante prohibición que al respecto ha impuesto a las autoridades provinciales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus", antes citada.-

En virtud de ello, la utilización de la facultad que otorga el art. 15 de la Ley N° 13.482 a los funcionarios policiales, respecto de menores de 18 años de edad resulta irrazonable y por tanto inconstitucional.-

5.3. Al respecto, habrán de tenerse en cuenta que los avances tecnológicos actuales permiten llevar a cabo dicha tarea en un breve período de tiempo, de modo que constituye una carga del Estado implementar las tecnologías adecuadas, para determinar de un modo veloz y efectivo, la identidad de un sujeto, a través de una constatación inmediata en la vía pública, con una mínima demora a los particulares que no lleven consigo un documento identificador (Conf. Juzgado de Garantías N° 4 de Mar del Plata, causa "G., Lucas Oscar s/habeas corpus preventivo", sentencia del 30-VI-2008).-

De esta forma, cuando sea un niño, niña o adolescente quien deba ser aprehendido para su identificación, el Estado habrá de emplear todas las tecnologías disponibles para evitar el traslado a una dependencia policial, conforme lo exige el art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño,

“utilizando hasta el máximo de los recursos” de que disponga y, de ser necesario, “dentro del marco de la cooperación internacional” .-

Ello así, puesto que la aprehensión de un menor de 18 años de edad para constatar su identidad y determinar si alguna autoridad lo requiere penalmente, teniéndolo demorado por varias horas, constituye una privación de la libertad arbitraria, ilegal e inconstitucional (arts. 16, 18 y 19 de la CN, arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 7 y 8 del PSJCR; y arts. 14 incs. 1 y 2, y 17 inc. 1º PIDCyP).-

En efecto, el ejercicio por parte de funcionarios policiales de la facultad establecida en el inc. “c” del art. 15 de la Ley N° 13.482 respecto de menores de 18 años de edad, resulta incompatible con el nuevo sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley N° 13.634) y con el Sistema de Promoción y Protección de derechos (Ley N° 13.298), todo lo cual deriva en una grave violación de las garantías procesales establecidas por los art. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, así como al principio de Remisión al Sistema Protección y Promoción de Derechos (art. 63 de la Ley N° 13.634).-

6. La denominada “Entrega de Menor”.-

6.1. En lo que respecta a la figura del acápite, utilizada para aquellos casos en los que un menor sea encontrado en situación “de riesgo en la vía pública”, no se advierte la existencia de norma alguna que respalde o fundamente dicho accionar por parte del personal policial.-

6.2. Al respecto cabe recordar que en un Estado de Derecho el principio de legalidad preside todo el accionar de la administración, ésta se encuentra sometida a la ley, y debe limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución de la misma. Este principio de legalidad de la Administración “opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima” (García de Enterría, Eduardo – Fernández Tomás Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 10ª edición, 2001, Tomo I, pág.

440).-

En este sentido, todos los actos de la administración pública se encuentran subordinados a una norma habilitante.-

Cuando la autoridad administrativa quebranta este principio y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de esa base sustentadora, estamos en presencia de una vía de hecho (conf. Greco, Carlos M., “Vías de hecho administrativas”, LL 1980-C-1207), definida como “la violación del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública” (Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Tomo II, pág. 213; en sentido similar Escola, Héctor Jorge: “Tratado General de Procedimiento Administrativo”, Ed. Depalma, 1975, pág. 120). El concepto de vía de hecho “es, pues, un concepto capital, que cierra todo el sistema de la actuación administrativa” (García de Enterría, Eduardo – Fernández Tomás Ramón, Op. Cit., Tomo I, pág. 798), motivo por el cual tales comportamientos han sido vedados por el art. 109 del Decreto Ley 7647/70, al disponer que: “La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico”.-

6.3. La ausencia de fuente normativa que otorgue sustento jurídico a esta modalidad de actuación policial, entra en colisión con el principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 109 del Decreto-Ley N° 7.647/70), vulnerando los derechos y garantías protectorios de los niños, niñas y adolescentes.-

6.4. Consecuentemente, y tal como afirma el accionante, nos encontramos ante una practica policial que, de continuar existiendo, pone en riesgo la vigencia del Fuero de la Responsabilidad Penal Minoril (Ley N° 13.634) y el Sistema de Promoción y Protección de Derechos (Ley N° 13.298), por cuanto mediante esta vía de hecho administrativa se posibilita a las autoridades policiales a

privar la libertad de niños, niñas y adolescentes sin motivo alguno, justificándola como “entrega de menor”.-

6.5. Lo afirmado precedentemente resulta plenamente acreditado por los datos aportados por el Ministerio de Seguridad en su informe, donde consigna un listado de aprehensiones y detenciones originadas en la aplicación de las prácticas impugnadas mediante la presente acción producidas en el departamento Judicial La Plata durante el periodo 1-VII-2008 al 19-IX-2008; de donde surge que la “entrega de menor” ha sido la figura de mayor aplicación en la práctica (conf. fs. 103/121).-

6.6. En punto a lo manifestado, corresponde agregar que la privación de la libertad –al igual que en los restantes supuestos- se lleva a cabo en comisarías, incumpliendo una vez más, la prohibición que al respecto ha señalado a las autoridades provinciales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus”, ya citada en varias oportunidades.-

6.7. En virtud de todo ello, corresponde hacer cesar esta práctica, denominada “entrega de menor”, constitutiva de una vía de hecho administrativa.-

7. Supuestos de acumulación o concatenación de las prácticas analizadas en los considerandos anteriores.-

Corresponde señalar al respecto, que las argumentaciones vertidas en los considerandos 4, 5 y 6, respecto de la ilegalidad de las medidas aplicadas a menores de 18 años de edad, con fundamento en la existencia de figuras contravencionales (previstas en el Decreto-Ley N° 8.031/73), la averiguación de identidad (contemplada en el art. 15 inc. “c” de la Ley N° 13.482), y la denominada “entrega de menor”, resultan más que suficientes para descartar como práctica aceptable la implementación concatenada de las mismas, por cuanto constituye un agravamiento de la afectación a los derechos que la aplicación de tales figuras genera en los niños, niñas y adolescentes.-

8. Control de los registros policiales.-

El accionante también requiere que “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”.-

En función de todo lo expresado hasta aquí, y las normas citadas por el accionante, corresponde disponer asimismo la urgente actualización de los registros policiales sobre pedidos de captura o averiguación de paradero de menores de edad, a cuyos efectos, el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de su competencia, deberá presentar ante este juzgado, dentro del término de diez (10) días, un listado completo de sus registros y un plan de acción para lograr aquella finalidad, cuya eficacia y razonabilidad, será ponderada en la etapa de ejecución de sentencia.-

9. Pedido de exhortación a las autoridades provinciales para que se cumpla con lo ordenado por la CIDH en el caso Bulacio.-

De los considerandos que anteceden surge evidente que, mas allá del importantísimo avance logrado por la Provincia de Buenos Aires con la sanción de las leyes N° 13.298 y N° 13.634, no se ha cumplido con la urgente necesidad de armonizar las normas legales y de carácter administrativo, así como las practicas vinculadas con el ejercicio del poder de policía estatal, consolidadas durante la vigencia del sistema anterior; con las reglas y principios que gobiernan el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil y que emanan de la Convención de los Derechos del Niño.-

Al respecto corresponde recordar que en el caso “Bulacio vs. Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió 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”.-

Sentado ello, a criterio del infrascripto, resulta claro que las facultades y prácticas policiales analizadas en los considerandos 4, 5, 6 y 7 pueden dar lugar a la reiteración de las circunstancias de hecho que motivaron el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en flagrante violación a la exhortación contenida en el punto 5 de lo resuelto en el citado precedente, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado Argentino.-

En punto a lo manifestado, la Corte Suprema ha señalado -con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos- que la frase "...en las condiciones de su vigencia" establecida en el citado precepto constitucional significa "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación", agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, señalando finalmente que, "en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional" (Corte Suprema, causa "Giroldi", Fallos 318:514, consid. 12).-

Y no se ha de perder de vista que las provincias mantienen su obligación de aplicar tanto la constitución nacional como los tratados de derechos humanos, con el alcance establecido en el párrafo anterior, en sus propios ámbitos de competencia, puesto que su omisión -conforme ha quedado dicho- puede generar responsabilidad internacional del Estado Federal (Conf. Dulitzky, Ariel E.: "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen VI, 2006, en especial, págs. 216 y ss).-

Por todo lo expuesto, siguiendo el modelo de análisis y decisión desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), se habrá de exhortar a los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires para que adopten las medidas necesarias a fin de adecuar, en el plazo más breve posible, la normativa local a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Bulacio Vs. Argentina”, Sentencia de 18-IX-2003.-

10. Alcance de la sentencia.-

10.1. En función de todas las consideraciones vertidas precedentemente, corresponde hacer lugar al Hábeas Corpus interpuesto, declarando la inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 8.031/73 y del art. 15 Ley N° 13.482, en cuanto permiten la aprehensión o detención de menores de 18 años de edad.-

10.2. Asimismo se habrá de ordenar al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires a que instruya a todos los órganos policiales del Departamento Judicial de La Plata, para que los funcionarios policiales que en allí se desempeñan, se abstengan de aprehender o detener a menores de 18 años de edad, por los siguientes motivos:-

a) Presuntas infracciones al Decreto-Ley N° 8.031/73. En tales supuestos la autoridad policial deberá comunicar dicha circunstancia (conforme a lo establecido por el art. 41 de la Ley N° 13.634) a los organismos administrativos de protección y promoción previstos por las leyes N° 13.298 y N° 13.634, y otorgar inmediata intervención a los funcionarios judiciales competentes, para que puedan ejercer el debido control judicial de la medida. Ello sin perjuicio de la aplicación del art. 13 del Decreto-Ley 8.031/73, conforme a lo señalado en el considerando 4.6. in fine de la presente.-

b) Averiguación de identidad (art. 15 de la Ley N° 13.482). Cuando sea

necesario conocer la identidad de un menor de 18 años de edad la autoridad policial deberá utilizar los medios tecnológicos adecuados que permitan cumplir dicha finalidad sin necesidad de traslado a una dependencia policial, conforme a lo establecido en el considerando 5.3 de la presente.-

c) Utilización de figuras policiales carentes de fundamento normativo, tales como la denominada “entrega de menor”, u otras similares.-

10.3. También habrá de ordenarse al Ministerio de Seguridad, la presentación de los registros policiales sobre pedidos de captura o averiguación de paradero de menores de edad, y su urgente actualización con el alcance establecido en el considerando 8 de la presente.-

10.4. Que no obstante el criterio adoptado por la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, en la Causa N° 1298, “Debiaggi”, Sent. del 20-XII-2005, entre otras, respecto de la improcedencia de la fijación preventiva de astreintes en la sentencia, atento a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros”, sentencia de fecha 8-VII-2008, en la cual habilitó a jueces de primera instancia para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento de los plazos, con la suficiente entidad como para que tengan valor disuasivo de las conductas reticentes (conf. considerando 21), corresponde proceder de igual modo, sin perjuicio de la responsabilidad penal y/o administrativa disciplinaria ha que hubiere lugar (arts. 239 del C.P.; 163 in fine de la CPBA y 37 del CPCC).-

10.5. Finalmente se habrá de exhortar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires para que adopten las medidas necesarias y conducentes para adecuar, en el plazo más breve posible, la normativa local a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Bulacio Vs. Argentina”, Sentencia de 18-IX-2003.-

En virtud de todo lo expuesto,-

FALLO:-

1. Haciendo lugar al Hábeas Corpus interpuesto por el Dr. Julián Axat, en su condición de Titular de la Defensoría ante el Fuero de Responsabilidad Juvenil N° 16, del Departamento Judicial La Plata, a favor de todos los niños, niñas y adolescentes de este Departamento Judicial.-

2. Declarando la inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 8.031/73 y del art. 15 Ley N° 13.482, en cuanto permitan la aprehensión o detención de menores de 18 años de edad.-

3. Ordenando al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires a que, de manera inmediata a la notificación de la presente, instruya a todos los órganos policiales del Departamento Judicial de La Plata, para que los funcionarios y/o agentes policiales que allí se desempeñan, se abstengan de aprehender o detener a menores de 18 años de edad, por presuntas infracciones al Decreto-Ley N° 8.031/73, averiguación de identidad (art. 15 de la Ley N° 13.482), y vías de hecho tales como la denominada “entrega de menor”, u otras similares; con los alcances previstos en el considerando 10. del presente decisorio.-

El Ministerio de Seguridad deberá presentar ante este órgano jurisdiccional, dentro del plazo de cinco (5) días de notificada la sentencia, los actos administrativos o reglamentos que se dicten en cumplimiento de la presente condena.-

4. Ordenando al Ministerio de Seguridad a presentar dentro del plazo de diez (10) días, los registros policiales sobre pedidos de captura o averiguación de paradero de menores de edad, y su urgente actualización. A tal fin, en ejercicio de su competencia, deberá presentar ante este juzgado, dentro del mismo plazo, un plan de acción para el cumplimiento de la condena, cuya eficacia y razonabilidad, será ponderada en la etapa de ejecución de la sentencia.-

5. Todo ello apercibimiento de aplicación de astreintes a los funcionarios y agentes responsables, y sin perjuicio de la responsabilidad penal y/o administrativa disciplinaria que hubiere lugar (arts. 239 del C.P.; 163 in fine

de la CPBA y 37 del CPCC).-

6. Exhortando al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires para que adopten las medidas necesarias a fin 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-IX-2003; a fin de prevenir situaciones de hecho como las que dieron lugar a la condena internacional.-

REGISTRARSE. NOTIFÍQUESE por Secretaría mediante cédula a la actora y a la Fiscalía de Estado y líbrense los oficios respectivos.-

LUIS FEDERICO ARIAS

Juez

Juz.Cont.Adm.Nº1

Dto.Jud.La Plata