

TOMO:180

REGISTRO:79

FOLIO:118/128

PUERTO DESEADO, 23 de Noviembre de 2009.-

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados: "**BODE OSCAR S/ HABEAS CORPUS**" **EXPTE. Nº 2612/09** ; en los que comparece a fs. 1 el Sr. Oscar Bode interponiendo con fecha 23 de septiembre de 2009, a las 9:25 hs. formal Recurso de Habeas Corpus en favor de los ciudadanos Juan Rubiño y de su hijo Alan Rubiño, quienes se encontraban detenidos por Averiguación de Antecedentes, según se lo manifestó el Oficial de Guardia de la Comisaría local.-

Manifestó el presentante, que su pedido se originó toda vez que siendo amigo de los detenidos, fue informado de su detención el día 22 de septiembre a las 22:00 hs. aproximadamente, habiendo concurrido a la dependencia policial a interiorizarme sobre la situación en la que se encontraban los detenidos, quienes se domicilian en la ciudad de Comodoro Rivadavia, manifestándole el personal policial la imposibilidad de darle cualquier información y que estaban detenidos por Averiguación de Antecedentes, solicitando entrevistarse con ambos, lo que le fue negado, siendo que no se encontraban incomunicados conforme se lo expresara el Oficial de Guardia.-

Por su parte, el Sr. Agente Fiscal, concomitantemente con el pedido de Habeas Corpus, presentó un escrito (fs. 2) solicitando que se ordenara a la autoridad policial que presentara a los detenidos en forma inmediata, con informe circunstanciado del motivo en el que se fundó la medida, la forma y condiciones que se cumple y todo otro dato de interés, lo que fue ordenado por el suscripto en forma inmediata (fs. 3), recepcionándose audiencia a Ivan David Rubiño a las 10:00 hs. del día 23 de septiembre (fs. 4/5) y a su hijo a las 11:00 hs. a su hijo Alan David (6/6 vta), disponiéndose que recuperasen inmediatamente la libertad (fs. 12).-

En audiencia, Ivan D. Rubiño manifestó que el día 22 de septiembre, a las 20 hs. en km. 20 lo demoró la policía por llevar pescado, que llamaron a SENASA se constató que era mercadería de marineros que compró en la ciudad, que le preguntaron de donde salió la mercadería, respondiéndoles que era del mismo puerto, de barcos que iban entrando, que se hizo presente el

Ministerio de Agronomía o Agro Industria, es conocido por el AGRO, la Municipalidad, que estaban todos, que fueron y sacaron fotos de la mercadería, siendo que SENASA incautó la mercadería informándole que la iban a destruir.-

Señaló Rubiño, que él pensó que todo se terminaba ahí, pero que un Oficial le dijo que tenía que ir para a la comisaría, que lo llevaron hasta allí junto a su hijo Alan que iba de acompañante en la camioneta en la que se movilizaba, que los llevaron al Hospital, que le explicó a la Dra. que su hijo Alan tenía un problema en un ojo, que le falta el globo ocular en ojo izquierdo, que debe higienizarlo todos los días con líquidos especiales y que esos líquidos estaban en Comodoro, en su casa y que la Dra. lo anotó pero no fue suficiente, siempre pensando que Alan podía ir a un Hotel porque él era un mero acompañante.

Refirió Rubiño, que después lo llevaron a la Comisaría, que hicieron todo lo de las huellas, que los metieron a la celda en donde estuvieron juntos hasta la audiencia, pero que antes fue un amigo de esta ciudad quien le llevó sandwiches y mantas que no habían, que al consultar los motivos de su detención los policías le decían 686 o un número así, por averiguación de antecedentes, que por la mañana ya se iba.

Siguió diciendo Rubiño, que en el km. 20 no le explicaron los motivos de su detención, que tenía que ir a la Comisaría como a firmar y cuando empezaron a contar las cosas de la camioneta, que la iban a fajar pero al final no la fajaron dedujo que se iba a tener que quedar y cuando estaban haciendo los papeles, cuando les pintaban los dedos le dijeron que quedaba por averiguación de antecedentes, que eran como las doce de la noche o una de la mañana.

Ante las preguntas formuladas, Ivan Rubiño también agregó que en el km. 20 presentó todos los papeles, que le dio lo que tenía, que tenía la cédula del vehículo, la cédula azul habilitante, Licencia de Conducir, seguro y tarjetas de crédito, que su documento lo dejó en Comodoro pero Alan si tenía el documento.-

Que en km. 20 le pidieron que se identifique, que le pidieron todos los datos, teléfono, dirección, a qué se dedica, nombre del padre, de la madre etc., que iban llenando el acta, que les dio todo lo que le pedían, aunque no exhibió factura de compra de mercadería, que la compró en esta ciudad, que era langostino y Centolla, que vino en otras oportunidades a comprar a las Empresas,

que a los marineros no les compra porque es para problemas pero los pibes a veces le dejan pescado en su restaurante en Comodoro y ahora le avisaron que tenían materia prima, por eso vino, pues el día ayer era el cumpleaños de su hijo Alan, quien cumplía 21 años, que tenían la fiesta, que su Restaurante se llama el "Viejo Bodegón", que venía a Puerto Deseado a comparar y a pasear, porque esta mercadería no se consigue en Comodoro.-

Por su parte, en la audiencia en la que se oyó a Alan David Rubiño, hijo del primeramente nombrado, este fue conteste con lo relatado por su padre, quien refirió que una vez demorados él le entrego su Documento a la Policía, que los hicieron ir hasta la comisaría, que su padre iba en un patrullero mientras él iba manejando la camioneta en la que se manejaba, acompañado por un policía.-

Alan David fue conteste con su padre respecto del proceso de identificación, visita al hospital y alojamiento en celda, agregando que él les explicó a los uniformados que tenía una alergia al frío, que se enroncha todo, que se lo explicaba a un mayor, al jefe de todos, le explicaba lo de su ojo, que no puede estar en contacto con suciedad ni con frío pero que igual lo metieron en el calabozo, contestándole el policía en forma pedante.-

Asimismo, Alan destacó que un amigo del padre de nombre Willy les llevó comida, pero que recién a las 8:00 de la mañana, momentos antes de estas audiencias, la policía les acercó el alimento, cuando hicieron cambio de turno refiere el compareciente, agregando que escuchó que una mujer les quería llevar la comida la noche anterior pero escuchó que un hombre le dijo que no le den la comida, que no sabe quien fue, pero que la noche anterior no cenaron.-

Asimismo, Alan refirió que en ningún momento le expresaron los motivos de su detención, que lo dedujo él mismo, que esa noche no habló con su padre por bronca por lo que tampoco este le informó al respecto.-

A fs. 8 se agregó informe policial en donde se dejó constancia del procedimiento del Senasa respecto al decomiso de mercadería que Ivan Rubiño llevaba en su rodado, no obstante lo cual en virtud de desconocerse los antecedentes y medios de vida de ambas personas y conforme las facultades de la ley 688/71, art. 13 inc. b) se procedió al traslado de los mismos a las 23:20 hs. en carácter de detenidos, adjuntandose las Actas respectivas.-

A fs. 12, se dispuso la cesación inmediata de la Detención sufrida por los Sres. Ivan y Alan Rubiño, desde esta misma sede judicial, corriéndose vista de todo lo actuado al Sr. Agente Fiscal (fs. 13), quien solicitó la declaración de Inconstitucionalidad del art. 13, inc. b de la Ley 688/71 que establece la Facultad del personal policial de demorar por un plazo máximo de 24 horas a cualquier persona en averiguación de antecedentes y medias de vida, por ser ello contrario a las disposiciones constitucionales y procesales que regulan el proceso penal en todas sus etapas.-

Entre otros fundamentos, expresó el Fiscal que el Código de Procedimiento Penal otorga la facultad al personal policial de aprehender a los presuntos culpables y disponer su incomunicación por un término máximo de seis horas, que no puede prolongarse sin orden judicial, mientras la ley en crisis permite la demora por un plazo de 24 hs, haciendo referencia a la interpretación restrictiva que ordena el art. 3 del CPP.-

Asimismo, el Sr. Agente Fiscal, Dr. Horacio A. Quinteros, funda el pedido de declaración de Inconstitucionalidad de la norma atacada, en la necesidad de salvaguardar las garantías procesales que se derivan del art. 18 CN y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, expresando que la norma en crisis es más propia de un estado policial que de un Estado de Derecho respetuoso de la legalidad y del principio de reserva establecido por el art. 19 CN.-

Ante ello, se solicitaron las actuaciones labradas en sede policial, las que fueron agregadas a fs. 18/41, en las que obra agregada el Acta de notificación de detención por Ley 688/71 a los Sres. Rubiños (fs. 21 y 23), con fecha 22 de septiembre a las 23:20 hs.-

Entre otras actuaciones, el personal policial extrajo fotocopias a la Licencia de Conducir de Ivan Davi y al DNI de Alan Rubiño (fs. 32 y 37), certificando estas copias por ser fieles a sus originales que tuvieron a la vista, habiéndose consignado también los datos personales de estas dos personas.-

Finalmente, se solicitó al Sr. Jefe de la Comisaría local que informara el protocolo de actuación para este tipo de detenciones, como así también cantidad de detenidos durante los meses de agosto y septiembre de 2009.-

Y CONSIDERANDO: I) que si bien oportunamente se ordenó el cese de la detención que venían sufriendo Ivan y Alan Rubiño, corresponde me expida sobre la constitucionalidad del art. 13, inc. b) de la Ley Provincial número 688/71, ello atento el planteo concreto formulado por el Sr. Agente Fiscal y en este sentido me expediré.-

II) Que siendo ello de esta manera, corresponde analizar el caso y debo expresar como primera cuestión, que del Recurso impetrado, de las audiencias celebradas y en las que se escuchó a Ivan y Alan Rubiño y de las constancias policiales acompañadas, surge acreditado que desde las 20:15 hs. aproximadamente del día 22 de septiembre de 2009, hasta las 10:00 hs. del día 23 de septiembre de 2009, los Sres. Ivan y Alan Rubiño permanecieron privados de su libertad, sin orden judicial de autoridad competente. Que los motivos de la detención de estas personas fueron fundamentados por el personal policial en la necesidad de conocer los antecedentes y medios de vida de los Sres. Rubiño, pese a que Ivan David Rubiño portaba Licencia de Conducir y otra documentación personal, manifestando ser comerciante en la Ciudad de Comodoro Rivadavia, mientras su hijo Alan portaba su Documento Nacional de Identidad que exhibió a los uniformados.

Que durante la privación de libertad por averiguación de antecedentes y medios de vida, a los nombrados se les habría negado la posibilidad de cenar la noche del 22 de septiembre, pese a que un amigo de Ivan Rubiño les habría llevado alimentos hasta el lugar de detención.-

Asimismo, previo a la detención, Alan manifestó tener un problema de salud en la vista (no cuenta con el globo ocular sino con una prótesis) y una alergia, a la que no se le dio mayor importancia, no se evaluó esta circunstancia a fin de justificar o no la detención, pese a haber sido informada esta circunstancia por la Dra. María V. Moreschi, médica que suscribió el informe médico de Alan.-

Que la detención por averiguación de antecedentes y medios de vida de los Sres. Rubiño nunca fue comunicada al suscripto ni al Secretario en turno, sino que se tomó conocimiento a través de la presentación formulada por Oscar Bodé, ello pese a que en la génesis de la detención se comunicó a este Juzgado el posible decomiso de la mercadería que llevaba Rubiño en su rodado, informándose telefónicamente al personal policial que desde este Juzgado no se

libraría orden de detención por no estar frente a la comisión de ningún delito de acción pública.-

III) Que a esta altura, corresponde me expida sobre la Constitucionalidad del art. 13, inc. b de la Ley Provincial 688/71, por lo que entraré en el análisis concreto de la norma, pero previo a ello corresponde determinar si el personal policial ajustó su proceder a las disposiciones de esta norma.-

A través de la misma, se establece que "*...En función de Policía de Seguridad, la Policía de la Provincia en ejercicio de sus atribuciones, dispondrá de las siguientes facultades:...b)Detener a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se nieguen a identificarse. La demora o detención del causante no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para su identificación, averiguación de domicilio, conducta y medios de vida sin exceder del plazo de 24 horas...*".-

Ante el texto de referencia, se impone el interrogante referido a los motivos que llevaron al personal policial a entender que era necesario conocer los antecedentes y medios de vida de los Sres. Rubiño y si las circunstancias justificaban este proceder, teniendo presente que en ningún momento ellos se negaron a identificarse, por el contrario Alan aportó su DNI y su padre el resto de su documentación, aportando ambos todos los datos que les fueron requeridos.-

La necesidad de averiguar los antecedentes de estas personas no surge acreditada tampoco, pues habiendo mantenido conversación el personal policial con el Juzgado, habiéndosele informado que no se iba a librar orden de detención por no estar en presencia de un delito de acción pública, no se logra comprender qué llevó al personal policial a entender que se hacía imperioso conocer los antecedentes penales de los damnificados.-

Aún más, para el caso de soslayarse estos requisitos previos y darlos por cubiertos, la norma en análisis también exige que la demora o detención no puede prolongarse más del tiempo indispensable para su identificación, averiguación de domicilio, conducta y medios de vida sin exceder del plazo de 24 horas, circunstancia que entiendo que tampoco se ha respetado.-

En efecto, Ivan David Rubiño manifestó en audiencia ser propietario de una Restaurante - Parrilla denominado "El Viejo Bodegón" ubicado en la zona céntrica de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, por lo que una simple

comunicación telefónica con la Policía de aquella ciudad era suficiente para constatar el domicilio del mismo y demás recaudos, trámite que de hacerse rápidamente no podría llevar más de unos minutos.-

Pues si, en ningún momento los Sres. Rubiño se negaron a dar información sobre sus datos personales o laborales, aportaron todo lo que se les requirió, no obstante igual fueron aprehendidos por la fuerza policial, privados de su libertad y llevados a un calabozo en donde pasaron toda la noche.-

En este sentido, corresponde destacar que en la actualidad los medios telefónicos y técnicos que la ciencia ha puesto a disposición todo el mundo, en especial del Estado, permiten averiguar rápida y prácticamente sin molestias los datos que la policía, según su proceder, necesitaba averiguar, por lo que la falta de los mismos o la falta de coordinación del Estado para realizar este tipo de procedimientos de identificación no puede recaer en un perjuicio concreto de ningún ciudadano argentino.-

En este contexto y por estos fundamentos, sin perjuicio del test de constitucionalidad de la norma vigente, entiendo que el procedimiento policial llevado a cabo por el personal actuante en el caso no se ajustó a los términos de la Ley 688/71.-

IV) Por otra parte, corresponde determinar si la norma en crisis contraviene normas de jerarquía constitucional y si corresponde en consecuencia declarar la inconstitucionalidad de la misma.-

En este orden, debo adelantar que comparto el Dictamen del Sr. Agente Fiscal en lo que se refiere a su parte conclusiva, aunque los fundamentos que daré de mi decisión corren por un carril un tanto distinto.-

Como lo he adelantado, la norma del art. 13 inc. b de la Ley 688/71 es claramente Inconstitucional por violar las normas contenidas en el art. 18 de la Constitución Nacional toda vez que dicha facultad vulnera la garantía de Libertad Ambulatoria, los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, legalidad y control judicial efectivo (art. 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; arts. 14 incs. 1 y 2, 17 inc. 1 PIDCyP; 16, 18 y 19 CN).-

En este sentido, la cuestión planteada ya ha sido analizada por otros Tribunales del país, de manera profunda y crítica, por lo que creo conveniente traer algunos pasajes de una Sentencia dictada por Juzgado de

Garantías de Mar del Plata, n.4, a cargo del Juez Dr. Juan Francisco Tapia, también en el marco de un Habeas corpus resuelto el 30/06/2008 (Publicado en Citar: www.diariojudicial.com Edición N° 2481 del 24/07/08).-

En aquel Resolutorio, que comparto plenamente y que por tal motivo haré propio transcribiendo sus principales pasajes que analizan la cuestión planteada en profundidad y claridad meridana, el Juez sostuvo que "...*Recuerda Anitua que ha sido el discurso positivista el gran defensor de la identificación y del carnet de identidad, en el marco de un modelo orientado al control excluyente y disciplinario: "el control <excluyente> es asumido a partir de una extraña <inclusión> que no pasa por el reconocimiento de una identidad individual , ni por la satisfacción de necesidades vitales. Como en los Estados absolutistas o los regímenes totalitarios, tener una <etiqueta> facilita el control y la persecución."* (Anitua, Gabriel Ignacio "*¡Identifíquese!...*" cit. , pp. 517ss). Ese discurso positivista concentraría su atención inicialmente en identificar a quiénes eran vistos como un peligro para el orden social, extendiéndose luego a la totalidad de la población (sobre el desarrollo histórico de los mecanismos de identificación policial, ver García Ferrari, Mercedes "*Una marca peor que el fuego. Los cocheros de la ciudad de Buenos Aires y la resistencia al retrato de identificación*" en "*La ley de los profanos. Delito, justicia y cultura en Buenos Aires*" Lila Caimari, comp., , Fondo de Cultura Económica de Argentina, BsAs, 2007)...En ese contexto, se ha remarcado que el fundamento de la autorización legal para que la policía ejerza funciones tendientes a la verificación de la identidad de una persona finca en un "*aparente principio de defensa social y se sostiene en el supuesto de que una persona que haya cometido un delito o una contravención en el pasado resulta peligrosa en el presente o futuro. Bajo este esquema las personas no son juzgadas por sus actos, sino que por sus posibles conductas en función de una historia de vida construida y registrada en los antecedentes policiales*". (Tiscornia, Sofía, Eilbaum, Lucía y Lekerman Vanina "*Detenciones por Averiguación de Identidad. Argumentos para la Discusión sobre sus Usos y Abusos*" en "*Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires*", editado por CELS y CED, p. 42).En definitiva, "*la criminalización secundaria es casi un pretexto para que las agencias policiales ejerzan un formidable control configurador positivo de la vida social, que en ningún momento pasa por las*

agencias judiciales o jurídicas: la detención de sospechosos, de cualquier persona para identificarla o porque le llama la atención, la detención por supuestas contravenciones, el registro de las personas identificadas y detenidas, la vigilancia de lugares de reunión y de espectáculos, de espacios abiertos, el registro de la información recogida en la tarea de vigilancia (...), constituyen un conjunto de atribuciones que puede ejercerse de modo tan arbitrario como desregulado, y que proporcionan un poder muchísimo mayor y enormemente más significativo que el de la reducida criminalización secundaria. Sin duda que este poder configurador positivo es el verdadero poder político del sistema penal". (Zaffaroni - Alagia - Slokar "Derecho Penal. Parte General", p. 12, Ediar, Buenos Aires, 2000).

Asimismo, en el Fallo en análisis se hizo referencia a la Génesis histórica del instituto de la Detención por averiguación de antecedentes prevista en la Legislación de la Provincia de Buenos Aires, trayendo a cuento también algunos datos que son aplicables al caso de los señores Rubiño.

En este sentido, el Juez analizó la génesis de la facultad policial en crisis en la Provincia de Buenos Aires, pasando por el caso Bulacio, haciendo mención a que "...Sobre esta facultad de detención por averiguación de identidad, la *Excma. Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata* ha tenido oportunidad de expedirse, remarcando que "deben limitarse dichas facultades policiales, por cuanto la averiguación de identidad no constituye una carta en blanco para que la policía prive de libertad a cualquier ciudadano que les resulte sospechoso, ya que ello constituye un agravio para el Estado de Derecho y una injerencia arbitraria y abusiva en la intimidad de las personas [art. 7 inc. 3ero CADH; art. 17 inc. 1 PIDCyP]" (CAyG MdP, Sala 2da c. 10852 "Wekesser, Martín s/ incidente de nulidad", rta. 4.10.2006, reg. 246, voto del señor juez Marcelo Madina al que adhieren los señores jueces Reinaldo Fortunato y Walter Dominella)..En consecuencia, siguiendo el criterio emanado del Tribunal de Alzada, estimo que corresponde analizar si la regulación legal y la ejecución programática de esta facultad evidencia una posible conculcación de garantías constitucionales, lesivas del Estado de Derecho. Tengo para mí que el Poder Judicial debe extremar los recaudos para evitar la profundización del denominado "sistema penal paralelo", el que al decir de Zaffaroni, debido a las escasas garantías que lo rodean, dado su pretendido carácter no penal o administrativo "lo

transforma en un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración en ámbitos de la privacidad, etc [...]tiene incluso más importancia práctica que el código penal, puesto que penetra ámbitos en los que aquél por lo general no puede penetrar (espectáculos públicos, de crítica social, religiosa, de reunión, etc)" (Sistemas penales y derechos humanos, Buenos Aires, ILANUD- Desalma, 1984, pag. 81-82).Desde esta óptica, anticipo mi posición en punto a que la redacción y aplicación de ésta norma implica una violación a los principios constitucionales de libertad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley y judicialidad. Comparto la postura de Lucila Larrandart, al señalar que esta norma "da lugar a violaciones del derecho a la libertad y de la prohibición de arresto sin orden judicial. La policía hace un uso arbitrario de tal facultad, los únicos supuestos en los cuales podría llegar a justificarse una detención de esta clase sería cuando se la utilizara en vinculación con una denuncia o con un procedimiento policial en curso. Sin embargo, se la utiliza diariamente, cuando cualquier persona -sobre todo si cumple con el <estereotipo> se encuentra en la calle o en cualquier lugar público, sin motivo alguno" (Larrandart, Lucila en "Avance policial y justicia selectiva", Nueva Sociedad, Nro. 112, Marzo-Abril 1991, pp. 136-143)...".-

El valioso precedente, que en manera extensa estoy citando, ha profundizado correctamente la cuestión planteada en el caso que hoy nos ocupa y por eso hago mío el razonamiento del juzgador, compartiendo con él – como lo he sostenido en otros casos y lo sostiene pacíficamente la doctrina y la Jurisprudencia - que en un Estado de Derecho, la libertad debe ser la regla y su restricción, la excepción, que la libertad ambulatoria constituye una garantía primaria, resguardada por la garantía secundaria de que goza el imputado "estado de inocencia" (arts. 14, 18 CN), habiéndose reconocido jurisprudencialmente la raigambre constitucional del derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal (Caso Barbará, Machieraldo etc.).-

Es aquí en donde lo expresado por el Sr. Agente Fiscal adquiere relevancia, pues es prístina la contradicción entre los recaudos que exigen las Constituciones Nacional, Provincial, el Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia para la aplicación de medidas de coerción o privativas de la libertad de los imputados y los recaudos exigidos por normas como la Ley 688/71 que

permiten la detención de personas sin mayores exigencias ni garantías, circunstancia también advertida en el precedente analizado con cita a Oscar Blando.- (Blando, Oscar "Detención policial por averiguación de antecedentes," p. 131, *Juris*, Rosario, 1995). –

En esta inteligencia, el Dr. Tapia expresó que *"..Dicho en otros términos, si en cada proceso iniciado por la comisión de un delito, deben brindarse razones autónomas que justifiquen la detención cautelar de un inocente, resulta inadmisibile que en actuaciones administrativas motivadas en funciones de control social se habilite una privación de libertad durante el procedimiento que conlleva la culminación de dicho trámite. Las contradicciones apuntadas se hacen aún más visibles si se advierte, por ejemplo, que en determinadas provincias se han vedado por completo las facultades policiales para detener por averiguación de identidad. Para el caso, el art. 24 de la Constitución de La Rioja enuncia: "Queda prohibida la detención por averiguación de antecedentes". La facultad policial contenida en el inciso tercero del art. 9no de la ley 13482 conculca el derecho constitucional a la libertad ambulatoria al admitir la posibilidad de privar de su libertad a las personas hasta tanto el ineficaz aparato burocrático del Estado determine su identidad, sin que exista delito, falta o contravención que justifique la injerencia. En todo caso, constituye una carga del Estado implementar las tecnologías adecuadas, que en los tiempos de la globalización e intercomunicación informática están a su alcance, que en forma veloz y efectiva permitan establecer la identidad de un sujeto, a través de una constatación inmediata en la vía pública, que implique una demora mínima a los particulares que no lleven consigo un documento identificador...De hecho, se ha documentado que en agosto de 1996 se inauguró la nueva sede de la Superintendencia de Policía Científica, dedicada a desarrollar toda la actividad documentaria y pericial de la PFA, contando con sistemas computarizados de registro y búsqueda papiloscópica que permitirían conformar archivos por medio del escaneado informático de las fichas dactilares, de modo que la sola obtención de una huella dactilar permite dar de forma instantánea con la persona que se busca, sus datos biográficos y biométricos (Tiscornia - Eilbaum y Lekerman "Detenciones..." cit, p. 46/7).De igual modo, en el año 1999 el periódico Clarín publicó una nota bajo el título: "Averiguación de antecedentes sin pasar por las comisarías", donde se informa que "la Secretaría de Seguridad llamará a licitación*

para equipar a la Policía Federal con nuevo sistema informático que permitirá controlar los datos de las personas -y hasta sus huellas digitales- en pocos segundos". Se especifica en el artículo que el personal policial desde los propios patrulleros "podrán chequear los antecedentes de las personas directamente en la calle y en tiempo real, sin necesidad de llevar a los sospechosos a la comisaría" (Edición del lunes 24.05.1999, en internet: www.clarin.com/diario/1999/05/24/e-03601d.htm)...".-

En efecto, otro tópico a analizar, es que la normativa de la Ley 688/71 deja de lado que en la actualidad existen sistemas como el AFIS o el Morpho Rad ID (ver www.iafisgroup.com, www.morpho.com) u otros que pueden ser más útiles para satisfacer la necesidad de identificar personas en la vía pública, que permiten en la actualidad averiguar, con sólo una huella digital, los antecedentes de una personas, siendo que algunas Provincias han adquirido esta tecnología para la Policía del lugar (Ej. Chubut) y otras no lo han hecho.-

Que esta circunstancia fáctica, la existencia de esta tecnología impone como conclusión que la no implementación en la Provincia de Santa Cruz de estos mecanismos tecnológicos no puede traducirse en violaciones a las garantías constitucionales de los ciudadanos de nuestro país, pues la demora por el uso de la policía de mecanismos burocráticos y rutinarios, resulta claramente irrazonable e injustificada, máxime cuando la norma autoriza la detención por un plazo de 24 horas.-

En este sentido, se hace referencia en el fallo citado al sistema *"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 arrojava algún resultado de importancia...".-*

También es de destacar, la cita a la Constitución de la Provincia de La Rioja que, no dejando lugar a dudas, prohibió la detención por averiguación de antecedentes en esa Provincia, lo que demuestra que es posible hacerlo sin que se resquebraje ningún andamiaje de nuestro consolidado sistema democrático.- (Ver Constitución de La Rioja en www.larioja.gov.ar o www.eft.com.ar).

En la sentencia marplatense, también se citó a Bovino, cuyas conclusiones también comparto por resultar aplicables al caso de los Sres. Ivan y

Alan Rubiño, pues menciona que “...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)...”.-

En este sentido, entiendo que a no estar previstos en forma precisa y clara los supuestos, típicos, en los que procede la detención por averiguación de antecedentes se vulnera el principio de Legalidad (art. 19 CN) instaurado como garantía para todos los ciudadanos en la intromisión arbitraria del Estado en sus actividades privadas, principio que también tiene por finalidad otorgar seguridad jurídica.-

En efecto, mientras en el sistema penal todos los ciudadanos tienen garantizado el principio de tipicidad, derivado de la Garantía de “Ley Previa” (Art. 18 CN) por el cual el Estado tiene vedado atribuir o reprochar conductas (delitos) a los ciudadanos que no estén previstas y delimitadas con precisión en la Legislación Penal, la Ley 688/71 soslayando este principio, no describe las conductas que autorizan al personal policial a detener personas dejando librado, prácticamente al buen criterio del uniformado, la determinación de si una circunstancia determinada justifica la detención de una persona.-

V) Ahora bien, en relación al texto de nuestra Ley 688/71 que exige que la detención proceda cuando sea necesario conocer los antecedentes y medios de vida “..en circunstancias que lo justifiquen..” también fue analizado por el Juez de Garantías de Mar del Plata y hago propio su análisis por ser aplicable enteramente a nuestro caso, pues allí se prevé este requisito como las “*circunstancias que razonablemente justifiquen*” , compartiendo con dicho Magistrado que esta frase implica una fórmula vaga y carente de contenido, que deja un margen evidente para la arbitrariedad y desigualdad ante la ley.

En este orden, el Dr. Tapia refirió que “..*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). De este modo, el amplio poder discrecional de la instituciones policiales debe ser acotado a través de un programa penal que sirva como marco de contención a los 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.-

En este sentido, es recomendable la lectura de estas Sentencias dictadas por este Organismo Internacional (ver www.corteidh.or.cr) que en consonancia con lo que venimos razonando resultan clarificantes respecto de la normativa del art. 13, inc. b de la Ley 688/71.-

En otro orden, tampoco puede afirmarse que las circunstancias de nuestro caso, que el decomiso practicado por SENASA y el hecho de llevar mercadería sin factura sea una circunstancia que haya justificado la detención, pues desde este Juzgado se informó al personal policial, que informó telefónicamente la novedad – no que procederían a la detención sino que se había sorprendido a Rubiño con la mercadería de mención - a lo que se aclaró que la conducta claramente no constituía delito, por lo que este Juzgado no iba a dictar ninguna orden al respecto.-

Advierto pues, que dejar librado al olfato policial la justificación de la detención de las personas, a su sólo criterio, sin autorización judicial, tal como está legislado en la Ley 688/71, vulnera no sólo el principio de legalidad, sino el de razonabilidad, libertad, igualdad y control judicial efectivo.-

VI) Párrafo aparte, merece el análisis de la detención de personas, como Alan Rubiño, que poseen Documento de Identidad al momento de la detención, habiendo quedado establecida mi posición respecto a que constituye una flagrante violación a garantías constitucionales la detención de una persona para conocer su identidad, corresponde analizar la cuestión planteada respecto de Alan Rubiño.-

En nuestro caso, ni Alan ni su padre Ivan Rubiño se negaron a identificarse, sólo que Alan era el único que portaba DNI aunque su padre portaba licencia de conducir y otra documentación del rodado en que se conducían, manifestando ser comerciante proveniente de Comodoro Rivadavia.-

En efecto, en audiencia Ivan Rubiño manifestó que era titular del “Viejo Bodegón”, una conocida parrilla ubicada en la zona céntrica de la ciudad de Comodoro Rivadavia, por lo que sus medios de vida podían ser rápidamente averiguados con una comunicación telefónica a la Seccional Primera de aquella ciudad, circunstancia esta aplicable también a su hijo Alan, no obstante lo cual el personal policial no lo hizo y lo detuvo.-

Podemos pensar entonces que el personal policial, no obstante conocer la identidad de Ivan y Alan Rubiño, consideró necesario conocer sus antecedentes, esto es, si tenía algún pedido de captura o sus antecedentes penales, aún cuando no se estaba investigando ningún delito denunciado.-

Ahora bien, si esto es de este modo, corresponde preguntarnos de dónde surgió esa necesidad imperiosa que hizo necesario privarlos de su libertad por más de doce horas, esto es desde la demora a las 20:15 del día 22 de septiembre en el puesto de Tellier hasta las 10:00 hs. del día 23 de septiembre en que se celebró la audiencia de Ivan Rubiño en este Juzgado, interrogante al que no le encuentro respuesta razonable en los términos de los Derechos Constitucionales afectados.-

En esta inteligencia, en el Fallo citado, el Dr. Tapia señaló que *"...En opinión de Sagüés, "una detención por <averiguación de antecedentes> carece de todo sustento constitucional. Si una persona lleva su documento de identidad, y no está comprometida en un delito concreto, detenerla sin más para estudiar más tarde si alguna autoridad lo requiere penalmente, importa un arresto arbitrario e inconstitucional, en virtud del estado de presunción de inocencia- por más que esa detención esté autorizada por una ley. En el caso argentino, cabe agregar que 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. Lo absurdo, es que se lo detenga primero, para averiguar después si hay o no orden de arresto." (Sagüés, Néstor Pedro "Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Argentina", en revista *Ius et Praxis*, volumen 5, número 1, p. 217, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1999).*

No puedo dejar de compartir lo expresado por el Juez de Garantías y la doctrina citada pues, al igual que el Dr. Tapia, veo en la detención reglamentada por el inciso b, del art. 13 de la Ley 688/71 un claro mecanismo que utilizado en la práctica para subvertir principios básicos del proceso penal (Arts. 267 ss conc. CPP).-

En este sentido, es claro el informe del Oficial David Davies en el que al explicar el procedimiento que comúnmente llevan a cabo expresa que en primer lugar *"..se notifica a la persona que se procederá a su identificación conforme facultades emergentes de la Ley Pcial. 688/71, Art. 13 inciso B.."*, es decir que sin analizar si esa persona tiene DNI, si tiene otra documentación que resulte indicativa de su identidad, si aporta verbalmente o no sus datos personales

etc., se procede sin más a su detención, procediéndose luego a pedir informes en forma telefónica y demás trámites.-

Vemos pues, que la circunstancia de que los detenidos hayan contado con documentación personal, incluso Alan portaba su DNI, no fue obstáculo para que el personal policial procediera a su detención.-Asimismo, en el informe policial de referencia, se informó que durante los meses de agosto y septiembre de 2009 se detuvieron a cuatro personas por mes en virtud de esta ley 688/71, mientras en nuestro Juzgado hemos tenido sólo tres detenidos (por presunta comisión de delitos o judiciales) en Agosto y un solo detenido en Septiembre, advirtiéndose claramente que el sistema penal paralelo que ha instaurado el instituto de la “detención por averiguación de antecedentes”, mediante ley 688/71, ha tenido gran practicidad en su aplicación.-

Por otra parte, ha quedado plasmado en la presentación de Oscar Bode, que al concurrir a la dependencia policial en horas de la mañana del día 23 de septiembre, no se le permitió ver a Ivan ni a Alan Rubiño, pese a que incluso la Ley 688/71 no prevé la incomunicación como procedimiento a aplicar en estos casos, constituyéndose ello en una falta que deberá ser investigada y sancionada correctamente.-

También es dable de destacar, los dichos de los detenidos respecto del estado de salud de Alan Rubiño y la inconveniencia de que estuviera detenido y menos en un lugar como en el que estuvo, circunstancia que le fue informada a la médica que los examinó y que esta plasmó debidamente en el certificado, pero que el personal policial soslayó totalmente, restándole importancia.-

Esta circunstancia, también deberá ser investigada y en caso de corresponder deberá ser sancionada debidamente, pues más allá de la inconstitucionalidad del art. 13 inc. b de la Ley 688/71, entiendo que los uniformados que actuaron excedieron las facultades que les otorga el mencionado plexo, provocando en Ivan y Alan Rubiño un sufrimiento innecesario.-

A estos sufrimientos, también se agrega la circunstancia apuntada por Alan Rubiño, quien refirió que si bien un amigo de su padre les acercó comida la noche del 22 de septiembre y si bien una mujer policía quería acercarle el alimento a los detenidos, por disposición de un empleado policial varón no se les

brindó cena y se les acercó la comida recién en horas de la mañana del día 23 de septiembre, circunstancia que también deberá ser investigada en los términos expuestos.-

Por otra parte, si bien el personal policial comunicó la novedad del hallazgo de la mercadería a este Juzgado, de la Detención de Ivan y Alan Rubiño recién tuvimos conocimiento cuando Oscar Bode interpuso el Habeas Corpus, no habiendo comunicado el personal policial la detención de los nombrados.-

En esta inteligencia, el Dr. Juan F. Tapia indicó en el precedente que nos sirve de base, que *"..Ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad de la detención, 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 inculgado mientras no se establezca su responsabilidad" (Caso Bulacio vs Argentina, Corte IDH, párr. 128).Del mismo modo, sostuvo "Un 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 del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado" (CIDH, Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 84 y caso Castillo Petruzzi y otros, párr. 108) Según Coriolano, las cifras del "viejo y lamentable instituto de la doble A en la Provincia de Buenos Aires son de difícil acceso. Hay casi nulo o muy poco conocimiento de las autoridades judiciales; es una de las mayores oportunidades para la aplicación de torturas u otro tipo de tratos crueles; no se puede conocer si las personas que han sido detenidas son o no las mismas" (Coriolano, Mario exposición en el Seminario Internacional de Posgrado "Derechos Humanos: sistemas de protección", en www.defensapublica.org.ar)...".-*

VI) La Inconstitucionalidad: Entiendo pues, que en los términos que vengo exponiendo, la norma del art. 13, inc. b de la Ley Provincial nº 688/71, como bien lo denuncia el Sr. Agente Fiscal, Dr. Horacio Ariel Quinteros, es inconstitucional por vulnerar la garantía primaria de libertad, los principios de

Igualdad, legalidad, Libertad, razonabilidad y control judicial efectivo (art. 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; arts. 14 incs. 1 y 2, 17 inc. 1 PIDCyP; 16, 18 y 19 CN).-

Que ello es aún mas grave en la actualidad, cuando es posible determinar la identidad de una persona mediante mecanismos tecnológicos existentes que la Provincia podría instrumentar y evitar así que se sigan vulnerando derechos de los ciudadanos con mecanismos burocráticos que le restan importancia al derecho a la Libertad.-

En este sentido entiendo, con el Dr. Tapia, que el Estado conserva la facultad de identificar a las personas, pero no se puede en nuestro estado, bajo el texto de la Constitución vigente, privar de libertad a las personas para realizar estos trámites burocráticos, infundados mayormente y que requieren como presupuesto la detención de las personas.-

Por otra parte, si bien la Declaración de Inconstitucionalidad que instrumentaré en esta Resolución tiene efectos en este caso concreto solamente, el de Ivan y Alan Rubiño, habiendo los mismos recuperado su libertad, alguien podría decir que la cuestión se ha tornado abstracta, pero frente a ello nuevamente se impone la necesidad de citar al Dr. Tapia quien sostuvo en el Precedente analizado que *"...Frente a esta alternativa, hago propias las palabras de Oscar Blando: "Esta conclusión a nuestro juicio es grave porque en la medida que nuestros tribunales no modifiquen su criterio acerca de cómo definir las llamadas 'cuestiones abstractas', la facultad acordada a la policía difícilmente podrá ser cuestionada ante la Justicia y por lo tanto se demuestra con meridiana claridad la falta absoluta de garantías ciudadanas que esta consecuencia trae y por lo tanto los actos y decisiones de la policía en esta materia está exenta de control jurisdiccional alguno con las serias consecuencias que ello implica frente a los abusos y arbitrariedades de poder." (Blando, Oscar, "Detención policial...", cit., p. 156).*-

En virtud de ello, más allá del alcance individual de esta Resolución y de que los Sres. Rubiño hayan recuperado su libertad, como bien lo expresó el Dr. Tapia, *"...es un imperativo para la jurisdicción remarcar el carácter ilegítimo de determinadas normas, por su invalidez con el contenido de esenciales garantías constitucionales, con el objeto que en el marco de un verdadero estado*

de derecho, dichas disposiciones sean derogadas por quien tiene facultad para ello...”.-

Entiendo pues, que es obligación de los Jueces, propender al reconocimiento del Sistema de Derechos y Garantías que nuestra Constitución Nacional brinda a todos los ciudadanos argentinos, no sólo por respeto a los principios más profundos de un Estado de Derecho, sino también para evitar generar responsabilidades, hasta patrimoniales, al Estado Provincial o Nacional que pudieran ser generadas por el accionar violatorio de los Derechos Humanos consagrados por parte de quienes eventualmente cumplen el rol de Funcionarios Públicos.-

Por todo ello, RESUELVO:

I.- Declarar la Inconstitucionalidad del inciso “b” del art. 13 de la Ley Provincial Nº 688/71 en tanto faculta al personal policial a la detención de toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se nieguen a identificarse, toda vez que la norma vulnera la garantía primaria libertad, los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, legalidad y control judicial efectivo (Arts. 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; Arts. 14 incs. 1 y 2, 17 inc. 1 PIDCyP; Arts. 14, 16, 18 y 19 Constitución Nacional y Arts. 16, 23, 24, 26 Const. Pcial), siendo una facultad que actualmente puede realizarse mediante los mecanismos informáticos existentes, en un tiempo mínimo, en la vía pública y sin necesidad de detener a ninguna persona.-

II.- Disponer la formación de causa Judicial a efectos de determinar la existencia de algún delito de acción pública por parte de los Funcionarios Policiales que intervinieron en la detención y custodia de Ivan y Alan Rubiño.-

III.- Remitir copia del presente a la Unidad Regional de Policía, de la Zona Norte de la Provincia de Santa Cruz a efectos de que inicie las actuaciones administrativas o sumariales que pudieran corresponder.-

IV.- Remitir copia del presente al Sr. Jefe de la Comisaría local a efectos de que tome conocimiento.-

V.- Remitir copia del presente a la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz a efectos de que tome conocimiento a los fines que pudiera corresponder.-

VI.- Remitir copia del presente al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, a efectos de que tome conocimiento del presente.-

VII.- Remitir copia del presente a la Secretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Provincia de Santa Cruz, dependiente del Ministerio de Gobierno, a cargo del Dr. Humberto Jacinto Quiñónez, para su conocimiento.-

VIII.- Regístrese. Notifíquese.-

Ante Mí:

Dr. OLDEMAR VILLA
JUEZ

Dr. MARIO A. ALBARRAN

SECRETARIO