

ACUERDO N° 4.- En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia, con la Presidencia del Doctor ROBERTO GERMÁN BUSAMIA, integrado por los señores Vocales Doctores EVALDO DARÍO MOYA y ALFREDO ELOSÚ LARUMBE y la Doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la Subsecretaria de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora María Guadalupe Losada, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados "DIEZ, FERNANDO LUIS c/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN s/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expediente SNQDOT n° 4679 – Año 2013, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal. Conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor Roberto Germán Busamia dijo:

I.- Que a fs. 7/14 se presenta el Dr. Fernando Luis Diez, Defensor Oficial Penal de este Poder Judicial e integrante de la Comisión Directiva de la Asociación de Pensamiento Penal, con su propio patrocinio letrado, e inicia acción autónoma de inconstitucionalidad en los términos previstos por la Ley 2130.

Solicita la declaración de inconstitucionalidad del inciso b) del art. 9 de la Ley Provincial 2081 – con los efectos previstos en el art.16 in fine de la Constitución Provincial en cuanto habilita a la Policía de la Provincia del Neuquén a proceder a la demora o detención de las personas por averiguación de antecedentes.

Alega que el artículo impugnado vulnera los artículos 1, 12, 18, 22, 28, 32, 60, 63, 65, 153 y 227 de la Constitución de Neuquén, así como también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados al bloque de constitucionalidad local por el artículo 21 de la Constitución del Neuquén.

Luego de referirse a la competencia del Tribunal, la legitimación activa y pasiva, se introduce en el análisis de la norma tachada de inconstitucional, la que transcribe.

Previo al tratamiento particular de la inconstitucionalidad alegada, puntualiza que la detención por averiguación de antecedentes, por sus características de arbitrariedad y falta de control judicial, es una ocasión para el ejercicio de violencia institucional, y que conforme a la Convención contra las Torturas y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo 2.1, todo Estado Parte debe tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura. A continuación, comienza con el desarrollo de las referencias individuales.

En primer lugar se detiene sobre el derecho a la libertad y la prohibición de toda detención arbitraria, receptado en los artículos 32, 60 y 65 de la Constitución provincial, artículos 1, 3, 9 y 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 14 y 43 de la Constitución nacional, artículos I, VII, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2, 3 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Argumenta que los preámbulos constitucionales –nacional y local-, invocan como finalidad "asegurar los beneficios de la libertad", y que junto con los tratados internacionales, privilegian a la libertad como uno de los derechos fundamentales.

Señala que, en sentido amplio, el Estado debe asegurar la libertad personal de los habitantes, que incluye la libertad de locomoción, que es la que se ve afectada por la norma impugnada.

Además, indica que la manda constitucional prohíbe cualquier tipo de detención arbitraria, y que la "demora" a que alude el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Policía de Neuquén, que puede extenderse por hasta dieciocho (18) horas,

constituye un arresto o detención desde su identidad ontológica: una privación de la libertad sin perjuicio de su extensión temporal.

Analiza la “supuestamente breve privación de la libertad” desde el sentido común y la experiencia y sostiene que varias horas de privación pueden implicar perder un día de trabajo (o incluso el trabajo), incumplir obligaciones familiares, verse sometido a los riesgos que implica estar detenido junto a personas desconocidas, o aislado en lugares notoriamente insalubres, con la posibilidad de sufrir violaciones a la dignidad e integridad personal por parte de funcionarios policiales. Da ejemplos.

Afirma que la norma impugnada no respeta la prohibición de las detenciones arbitrarias, puesto que su único fundamento es que “sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen”.

Insiste en que la norma es intrínsecamente arbitraria al disponer la facultad de detener sin especificar razón, sólo estableciendo una cláusula totalmente laxa y vacía de contenido material que fundamente y ponga límites a la afectación de un derecho constitucional fundamental, ni permita a los ciudadanos saber en qué casos son pasibles de sufrir las consecuencias de esta facultad.

Señala que el artículo 65 de la Constitución provincial prevé en qué casos se puede proceder a la aprehensión de una persona, las condiciones para ordenar una detención y la única excepción permitida a la orden fundada del juez. Así, las condiciones son: indagación sumaria de la que surja semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, y la excepción del caso de ser sorprendido in fraganti, circunstancia en que todo delincuente puede ser detenido por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia de un juez o de la autoridad policial más próxima. Sostiene que no hay otras excepciones o fundamento legal para sostener la legalidad de la norma tachada de inconstitucional. Cita doctrina.

En segundo lugar, refiere a la presunción de inocencia, receptada en los artículos 63 y 65 de la Constitución provincial, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 18 de la Constitución nacional, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Afirma que la particular redacción de la norma viola la garantía de presunción de inocencia, en tanto que implica un estado de sospecha indefinido, que convierte a todos los ciudadanos en sospechosos de registrar impedimentos legales, habilitándose la conculcación de garantías constitucionales hasta tanto se demuestre lo contrario.

Dice que constituye una carga del Estado implementar las tecnologías adecuadas para que, en forma veloz y efectiva, se pueda establecer la existencia de impedimentos legales de quien resulte interceptado, a través de una constatación inmediata en la vía pública y que implique una demora mínima a los particulares que no lleven consigo un documento identificador. Recuerda que ninguna norma obliga a llevar documentos.

Indica que la norma admite la posibilidad de privar de la libertad a personas sin que exista delito, falta o contravención que justifique su injerencia.

Señala que la detención de una persona en la vía pública la coloca en situación de sospecha ante terceros y ante sí misma, dado que no es razonable que se lo detenga porque sí. Dice que, evidentemente, la persona no es tratada como inocente, como lo exige la norma constitucional.

Nuevamente afirma que la fórmula vaga y carente de contenido, deja un margen evidente para la arbitrariedad y desigualdad ante la ley, dado que esas circunstancias quedan sujetas al conocido “olfato policial”, a la capacidad de detectar conductas y personas “sospechosas”, y a demandas coyunturales sobre la necesidad de vigilar y/o neutralizar a grupos determinados, aunque estos no

representen amenaza cierta para la seguridad urbana.

Sostiene que la redacción no sólo amplía la discrecionalidad policial sino que potencia la selectividad, generando un ámbito propicio para los abusos en el empleo de una facultad utilizada como una especie de castigo sin delito ni juicio. Indica que es una herramienta de control social y una prerrogativa cosmética, que habilita la limpieza urbana, erradicando o corriendo de los centros turísticos a las personas indeseables para las conciencias hegemónicas. Cita doctrina y alega que lo correcto es que se investigue para detener y no que se detenga para investigar.

En tercer lugar, analiza el principio de legalidad, reserva y razonabilidad.

Indica que estos principios están insertos en los artículos 18, 28 y 63 de la Constitución provincial, artículos 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 18, 19 y 22 de la Constitución nacional, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Argumenta que los principios de legalidad y de reserva exigen que las conductas prohibidas estén perfectamente delimitadas, y que la norma impugnada permite que los ciudadanos queden expuestos a decisiones sorpresivas que dependen de la voluntad ocasional de quien manda, desde que no sabe cuál es la conducta prohibida o la permitida.

Cita doctrina que señala que en el Estado de Derecho, para que la policía pueda proceder a detener a una persona, debe tener alguna razón o causa fundada que la amerite.

Señala que el principio de razonabilidad se encuentra íntimamente relacionado con el de legalidad y, con cita de Bidart Campos, explica que al principio de legalidad debe dársele un contenido material de justicia, lo que constitucionalmente se traduce en el principio de razonabilidad. De esa manera, cabe afirmar que la ley que manda o que prohíbe debe ser intrínsecamente justa, lo que equivale a ser razonable.

Dice que la ley inviste a la Policía de la potestad de decidir cuándo es razonable detener a una persona para averiguar sus antecedentes, sin fijar parámetro legal ni control alguno, puesto que ni siquiera tardíamente pone en conocimiento a los jueces de estas detenciones.

Refiere al caso "Gangaram Panday" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y recuerda lo allí dispuesto en tanto que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas por ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

También señala la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Explica que mientras las detenciones ilegales son aquellas que no cumplen con el aspecto material y formal, las detenciones arbitrarias son aquellas que, aun cuando la causa o el método de detención pueda ser calificado de legal, no son compatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles y faltos de proporcionalidad.

Indica que también carece de proporcionalidad y razonabilidad el excesivo tiempo habilitado por la norma para la privación de libertad, que resulta de los más prolongados que existen en las diversas legislaciones provinciales que contemplan este tipo de potestades, y que no se condice con el tiempo razonable que exige una práctica de estas características en la actualidad.

Dice que en tiempos de hoy, en la que existen sistemas computarizados de registro y búsqueda papiloscópica que permitirían conformar archivos por medio del escaneado informático de las fichas dactilares, la sola obtención de una huella dactilar permite dar de forma instantánea con la persona que se busca, sus datos biográficos y biométricos. De este modo, señala, el procedimiento

puede llevarse a cabo en fracción de segundos en la vía pública, con equipos informáticos en red instalados en las unidades móviles policiales, sin necesidad de trasladar a las personas a las dependencias policiales.

En cuarto lugar, se detiene en el control judicial efectivo y la división de poderes, contenido en los artículos 1, 12, 63, 65 y 227 de la Constitución de Neuquén, los artículos 8, 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1, 5 y 18 de la Constitución nacional, artículos 7.5, 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sostiene que la potestad de aprehensión en la Constitución local no admite confusiones: se trata de una facultad exclusiva de los jueces, conforme lo dispuesto por el artículo 65. Afirma que la denominación "demora" en nada cambia la naturaleza jurídica de aprehensión.

Destaca que sólo los jueces pueden ordenar un arresto, que esa facultad se encuentra delimitada y atribuida al Poder Judicial y que el principio republicano impide otorgar esas facultades al Poder Ejecutivo, bajo ningún pretexto legal, conforme prohíben los artículos 12 y 227 de la Carta Magna. Cita doctrina que apoya su postura.

Resalta que es indiscutible que cuando existe una intervención policial que afecte gravemente un derecho fundamental, como la libertad ambulatoria, debe existir un efectivo control judicial de dicha actividad.

Se refiere al caso "Bulacio" de la Corte IDH e indica que la ausencia de control por la autoridad judicial, en tiempo y forma, de las condiciones en que se ejecuta una privación de libertad, genera un espacio propicio para la multiplicación de abusos y excesos en el uso de la fuerza policial, a la vez que impide verificar las características de los lugares asignados para la detención de estos ciudadanos y, de ese modo, velar por el cumplimiento de los estándares internacionales en la materia.

Finalmente, en quinto lugar, trata la igualdad jurídica. Señala que este principio está receptado en los artículos 22 y 153 de la Constitución del Neuquén, los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 16 de la Constitución nacional, el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y en los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Menciona que la igualdad ante la ley es un aspecto básico del derecho a la igualdad y de la prohibición de toda discriminación arbitraria.

Afirma que la fórmula empleada en la norma impugnada es tan vaga y carente de parámetros, que habilita discriminaciones arbitrarias y no contiene pautas mínimas que permitan establecer condiciones objetivas en las que podría desarrollarse una razonable discrecionalidad, y en ese sentido afecta la igualdad jurídica de las personas.

Señala que, en el campo concreto, numerosos estudiosos de la ciencia social y la criminología han señalado el insoportable grado de discriminación en el uso de estas facultades. Cita referentes en la materia.

Expresa que algunos estudios –que no identifica– sostienen que estas prácticas carecen de eficacia concreta, ya que un porcentaje superior al 99% de las personas detenidas carecen de pedido de captura o alguna otra interdicción, lo que le permite concluir, junto con numerosos criminólogos e investigadores sociales, que la utilidad de esta herramienta legal no obedece a otras razones que el control social de determinadas poblaciones seleccionadas en base a estereotipos que conllevan una necesaria discriminación arbitraria.

En el marco de esta acción solicita la suspensión de la vigencia de la normativa. Ofrece prueba y funda en derecho.

II.- Sustanciada la cautela solicitada y previa vista fiscal, se dicta la Resolución Interlocutoria 14/2014 (fs. 56/62) por medio de la cual se rechaza el pedido de suspensión de la vigencia de la norma cuestionada, imponiendo las

costas en el orden causado.

Posteriormente, previa vista fiscal (dictamen fs. 69/72), se declara la admisibilidad de la acción (RI n° 5/15) y se corre traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén y al Fiscal de Estado (f. 98).

III.- A fs. 79/89 se presenta el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado por su directora, con patrocinio letrado, y solicita se le otorgue participación como "amicus curiae" a fin de someter a consideración de este Tribunal argumentos de derecho que, a su criterio, resultan de relevancia para la resolución de la cuestión planteada en esta causa.

Luego de una breve introducción sobre el instituto del "amicus" en el derecho comparado, refiere al interés del CELS en la resolución del presente caso. Indica que el objeto central de la organización que representa es promover e impulsar la utilización de los tribunales locales para un pleno ejercicio de los derechos fundamentales a través de la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos.

Explica que entre sus mandatos específicos se encuentra el de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos a través de la utilización de instrumentos judiciales y cuasi-judiciales de derecho interno e internacional.

Señala que, en tanto la esfera del accionar estatal en discusión se encuentra alcanzada por normativa de carácter supranacional, el CELS se presenta a fin de acercar un desarrollo de las obligaciones internacionales que de allí se derivan.

En el punto VI se expone respecto de los estándares internacionales sobre detenciones arbitrarias.

Así, apunta que la normativa cuestionada, tal como se encuentra redactada, importa una forma de arresto o detención arbitraria a la luz de las normas y de los lineamientos internacionales elaborados por los organismos de derechos humanos.

Puntualiza que la Corte IDH ha interpretado que el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) implica que nadie puede ser detenido por causas o métodos que, calificados como legales, resulten incompatibles con respecto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, razonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (cfr. caso Gangaram Padnay vs. Suriname, sentencia del 04/12/1991, Corte IDH). Señala que lo expuesto refleja que, ante una detención, debe examinarse siempre la legalidad. En primer lugar, verificar si el procedimiento que culminó con la detención ha sido efectuado en el marco de las leyes de derecho interno que permiten la intromisión del Estado, es decir, si fue desarrollado conforme a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en ella, y, en segundo lugar, una vez superado el análisis, habrá que verificar si dicho procedimiento resultó compatible con los derechos humanos fundamentales del individuo; ello permitirá concluir si la detención, amén de ser legal, resultó o no arbitraria. Pone de manifiesto los estándares que la Corte IDH ha construido a fin de evitar o disminuir las detenciones ilegales. Menciona que en el caso "Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador" la Corte IDH afirmó que "... la existencia de sospechas razonables presupone la (...) de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción".

A su vez, en el caso López Álvarez, afirmó que "[d]el artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia".

Señala que otro precedente relevante resulta ser "Villagrán Morales", donde la Corte IDH reafirmó cuáles han de ser las condiciones necesarias para que una

persona pueda ser privada de su libertad en forma legítima: “nadie puede ser privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). (...) “... nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”. Más adelante, en el mismo caso, la Corte interpretó el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) diciendo que “[e]s evidente que el concepto de ‘detención arbitraria’ no es un concepto cerrado, sino por el contrario, un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima”.

Alega que la facultad policial contenida en el artículo 9, inciso “d”, de la Ley 2081 de Neuquén, conculca el derecho constitucional a la libertad ambulatoria al admitir la posibilidad de privar a las personas hasta tanto el ineficaz aparato burocrático del Estado determine su identidad y eventuales impedimentos legales, sin que exista delito, falta o contravención que justifique la injerencia.

Dice que la particular redacción de la norma no sólo viola la garantía primaria apuntada, sino también otra serie de principios y garantías, entre ellos el principio constitucional de estricta legalidad, que exige que el legislador agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a las formulaciones legales para delimitar la esfera de lo prohibido. Agrega que fuera de esa precisión, todo lo regulado deviene inconstitucional, ya que una ley indeterminada, imprecisa o poco clara, no puede proteger a la persona de la arbitrariedad, porque no define una autolimitación del poder punitivo estatal a la que se puede recurrir. Cita jurisprudencia de la Corte IDH.

Agrega que el artículo 7.2 de la CADH impone exigencias positivas al Estado Parte: la obligación de fijar con antelación en su derecho constitucional e interno –en sentido formal- “las causas y condiciones” que habilitan a las autoridades públicas a privar de la libertad física a una persona sometida a la jurisdicción del Estado.

En función de ello, estima que la redacción de la actual Ley 2081, en tanto otorga poder a las fuerzas de seguridad para realizar detenciones de personas con la única limitación del tiempo, viola el principio de legalidad, pues se les otorga la potestad de decidir cuándo resulta razonable detener a una persona para averiguar sus antecedentes, sin fijar parámetro legal ni control alguno.

Alega que dicha facultad discrecional se ve agravada en tanto permite la detención sin orden judicial previa y sin contralor jurisdiccional.

Pone el acento en la falta de control judicial inmediato para prevenir la arbitrariedad o ilegalidad, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad.

Cita a la Corte IDH en el caso “Bulacio” al prevenir que “un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición del juez, pues el contenido esencial del artículo 7 de la CADH es la protección de la libertad del individuo”.

Advierte que la propia Corte IDH señaló en el caso “Bulacio” que una persona

privada ilegalmente de su libertad se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, con un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad.

Asimismo, indica que también se encuentra afectada la garantía de presunción de inocencia, debido al estado de sospecha indefinido sobre todos los ciudadanos, habilitándose la conculcación de garantías constitucionales hasta tanto se demuestre lo contrario.

Posteriormente, realiza un repaso de las circunstancias que rodearon al caso "Bulacio", del reconocimiento por parte del Estado argentino sobre su responsabilidad y, especialmente, el compromiso asumido ante la Corte IDH de "adecuar la normativa interna y las prácticas sobre privación de la libertad y condiciones de detención".

Específicamente menciona los estándares que la Corte IDH formuló en torno a la detención de personas. Así, si bien reconoció la obligación del Estado de "garantizar la seguridad y mantener el orden público", señaló que el poder estatal no es ilimitado, sino que su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a derecho. En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, indicó que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal), agregando que otra medida para prevenir la arbitrariedad e ilegalidad es el control judicial inmediato, ello con base en el artículo 7 de la Convención Americana que protege la libertad del individuo contra la interferencia indebida del Estado.

Manifiesta que el Estado argentino, como consecuencia de la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene la obligación de realizar un control de convencionalidad ex officio de la normativa jurídica interna que aplica a los casos concretos, a fin de adecuar la interpretación a los estándares señalados por la Corte Interamericana, que es su intérprete autorizado. La falta de tal control hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional (cfr. lo dispuesto por la propia Corte en el caso "Almonacid" y reiterado en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina").

Concluye afirmando que la obligatoriedad de aplicar los estándares internacionales permite exigir que la interpretación que los tribunales locales realicen respecto de su derecho interno sea coherente con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que así solicita a este Cuerpo.

IV.- A f. 92, admitido formalmente el proceso, pasa a resolución del Cuerpo el pedido efectuado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Por medio de la Resolución Interlocutoria n° 10/2015 (obrante a f. 94), se acepta su intervención en carácter de amigo del Tribunal, teniéndose presente el memorial presentado a fs. 79/89.

V.- A fs. 102/108 la demandada contesta el planteo solicitando el rechazo de la acción intentada, con costas.

Luego de una minuciosa reseña de los argumentos de la actora, niega y rechaza todos y cada uno de los hechos esgrimidos, la aplicación del derecho que se hace y la autenticidad de la documental aportada.

Advierte que el inciso b) de la Ley 2081 establece límites precisos de aplicación, ya que de modo expreso determina que la policía de seguridad puede demorar a una persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes sólo en circunstancias que lo justifiquen; estas son: "cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documento identificatorio fehaciente".

Además, señala que la norma establece que, en todos los casos, la orden provendrá de personal superior de la institución (es decir que no depende del capricho y libre decisión del personal que demore a una persona). Asimismo, expone que la norma posee otro límite, consistente en el plazo de dieciocho horas que no puede excederse, el asentamiento del ingreso en los registros policiales y el hecho que no debe prolongarse más del tiempo que sea indispensable para el cumplimiento del objeto de la medida. Menciona, también, que otro límite a la norma, en beneficio de la persona demorada, es que se le debe hacer saber que puede comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Asegura que no se observa que la norma sea inconstitucional, abusiva o excesiva, y atento que la alegada trasgresión constitucional no es evidente, resulta improcedente que se abroge la misma por medio de la acción intentada. Afirma que no se evidencia en la redacción del inciso que se afecte de manera abusiva y discriminatoria el derecho a la libertad. Indica que si bien la actora señala que existe una violación al principio de igualdad, la redacción de la norma está destinada a todos aquellos que se encuentren en la situación descrita, a todos por igual. Refiere que los derechos consagrados no son absolutos y que pueden ser limitados dentro de lo razonable. Específicamente, dice, el derecho a la libertad es susceptible de ser acortado por razones determinadas por el bien público, como en el caso de autos. Sostiene que los supuestos abusos en la aplicación de este artículo, denunciados en la demanda, deberían ser, en todo caso, analizados y acreditados, no alcanzando la simple alegación. Y aun probados, ello no significaría la inconstitucionalidad de la norma, sino una incorrecta o abusiva aplicación del artículo. Señala que la prueba ofrecida respecto a la información sobre la cantidad de detenciones realizadas por aplicación del inciso cuestionado, no sería útil a los fines de analizar la constitucionalidad de la norma impugnada.

Explica que la policía tiene a su cargo la función de seguridad, y que para cumplir con dicha función la ley le otorga una serie de atribuciones. Esta facultad de la policía se llama doble A (AA); es discrecional, y se utiliza excepcionalmente en los casos en que se encuentran configurados los extremos previstos por el artículo 9, inciso b), de la Ley 2081. Afirma que la mentada facultad no es de la esfera jurisdiccional de actuación de la policía como auxiliar de justicia, sino en ejercicio de funciones administrativas en cumplimiento de la tarea de prevención y seguridad asignada por ley. Señala que se trata de un instrumento necesario y el no contar con el mismo, de hacerse lugar a la acción de fondo, repercutirá en el accionar preventivo de la institución policial. Cita jurisprudencia y concluye que no se encuentran configurados los extremos requeridos para la declaración de inconstitucionalidad. Solicita el rechazo de la acción.

VI.- A f. 109 se declara de puro derecho la cuestión planteada y se dispone el pase de las actuaciones en vista fiscal.

VII.- A fs. 112/125 obra dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda interpuesta, previo dictado de una sentencia interpretativa que delimite los alcances de la norma tachada de inconstitucional.

En primer lugar señala que disiente en lo expresado por la Provincia respecto al encasillamiento de la atribución llamada doble A (AA) -averiguación de antecedentes-, dentro de las facultades de la función de policía de seguridad. Afirma que si bien literalmente la facultad cuestionada se encuentra enumerada juntamente con las atribuciones de la policía de seguridad, la interpretación conforme a la Constitución determina que la policía no puede demorar, arrestar

o, de cualquier forma, limitar la libertad ambulatoria, cuando no actúa como auxiliar de la justicia. Indica que sólo en la función de auxiliar de la justicia puede inscribirse la potestad habilitada por la norma impugnada y que, aun así, existen limitaciones. Apunta que la única excepción admitida constitucionalmente a la exigencia de previa orden judicial, es la aprehensión en flagrancia o cuasiflagrancia, que requiere de dos circunstancias exigibles: que el sujeto haya realizado, esté realizando o este disponiéndose a realizar, de modo inminente, una acción tipificada como ilícito penal, y que existan razones que indiquen que la aprehensión de la persona debe llevarse a cabo con urgencia; y que ese no es el marco de la norma bajo análisis.

Afirma que, conforme la Constitución, nadie puede ser detenido, aprehendido ni demorado, alegándose una sospecha individualizada, sin orden de autoridad judicial. En cambio, dice que cabe contemplar que existen procedimientos de control general, no dirigidos a persona determinada, en ejercicio del poder de policía, que involucran la demora por un breve instante para la diligencia correspondiente, como puede demandar la exhibición del documento o del carnet de conducir en un control vehicular.

Sostiene que si en el ejercicio de ese procedimiento de control general, surge una sospecha individualizada, apreciable en datos objetivos justificantes, debidamente fundamentados por el personal policial, frente a una persona que se niega a exhibir su documento, la policía puede sospechar que tiene razones para ocultar su identidad porque registra una orden restrictiva de la libertad y, en ese caso, el procedimiento sí se enmarca en el artículo 9, inciso b), de la Ley 2081.

Dice que no hay otra vía de interpretación constitucional de la norma impugnada que concebirla como una reglamentación de la forma en que la Policía debe ejecutar las órdenes restrictivas de la libertad emanadas de autoridades judiciales competentes.

Aclara que no es el funcionario policial quien ordena la demora o detención, sino que se sospecha fundadamente que preexiste una orden judicial que requiere la limitación de la libertad ambulatoria de la persona demorada. De esa manera, la actuación de la policía sería en su función de auxiliar de la justicia.

Por otro lado, sostiene que pese a las deficiencias que puedan endilgársele a la norma vigente, la abrogación produciría un vacío legal de gravedad.

Es por ello que recomienda dictar una sentencia interpretativa. Analiza la redacción anterior de la Ley 632 y propone una serie de pasos para la aplicación de la norma –que deben estar previamente motivados, quedar debidamente registrados, informar a los sujetos de la diligencia y permitirles que lo comuniquen a sus allegados-: 1) motivos previos: sospecha fundada de que la persona es alguien que registra una orden restrictiva de la libertad emanada de un juez, y, a la vez, que no tenga un documento identificador que permita constatar dicho extremo o, teniéndolo, se niegue a exhibirlo; 2) si no están presentes los dos requisitos anteriores, debe cesar inmediatamente la interceptación a la persona; 3) solamente en el caso de que se den las dos condiciones conjuntamente, se puede demorar (no encerrar ni aplicar medios de retención) al sujeto por el tiempo indispensable para averiguar su identidad, permitiendo la comunicación con un allegado; 4) la diligencia debe efectuarse con celeridad y cualquier exceso temporal debe ser justificado; 5) aunque circunstancias excepcionales ameriten que la demora se extienda por 18 horas, al llegar ese momento, si no se la identificó como la persona buscada, debe cesar inmediatamente cualquier restricción a su libertad personal.

Finalmente, señala que ningún procedimiento escapa al control judicial, y que el propio demorado o cualquier otra persona pueden interponer un habeas corpus si se constatará la inobservancia de alguna de las garantías constitucionales.

VIII.- A f. 126 se dicta la providencia de autos que, a la fecha, se encuentra firme y consentida.

IX.- La cuestión constitucional llamada a resolver se encuentra circunscripta a

establecer si el inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 resulta vulneratorio de las garantías constitucionales y convencionales citadas (artículos 32, 60 y 65 de la Constitución provincial, artículos 1, 3, 9, 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 14 y 43 de la Constitución nacional, artículos I, VII, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2, 3 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); o si, por el contrario, constituye una reglamentación razonable de la libertad física y ambulatoria llevada a cabo por el legislador neuquino. Para ello, resulta imprescindible distinguir, en primer lugar, cuáles libertades son las que podrían estar vulneradas por la normativa cuestionada en su constitucionalidad.

Sagües indica que “[e]l artículo 14 de la Constitución nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho “de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”. Se conecta con esta cláusula otras, como la del artículo 18 que indica que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (...). Tales normas enuncian dos derechos, íntimamente vinculados entre sí. El primero es la libertad física. El segundo, el derecho de locomoción, alude al *ius movendi et ambulandi* y fue calificado por la Corte Suprema como “precioso derecho individual e importante elemento de libertad” (Fallos 307:1430, in re “Olmos”) (cfr. Sagües, Néstor Pedro. Derecho Constitucional, tomo 3, Astrea. Buenos Aires. 2017, p. 175).

La doctrina constitucional indica que ningún derecho es absoluto, sino que todos se encuentran limitados en su ejercicio por la reglamentación que de ellos se haga. De estas normas constitucionales derivan dos principios esenciales, el de relatividad y el de legalidad. La relatividad en el ejercicio de los derechos implica que no existen derechos absolutos en su ejercicio. Ello presupone que todos los derechos pueden sufrir limitaciones, aun cuando las leyes establezcan condiciones de ejercicio de las facultades subjetivas pues, expresa o implícitamente, para el goce de los derechos, las normas imponen al mismo tiempo obligaciones a terceros. El principio de legalidad impone que sólo la ley –formal y material- puede reglamentar un derecho. Conforme la materia que reglamenta, existen más o menos garantías expresamente previstas en el texto constitucional (por ej. existen aplicaciones específicas en materia penal, tributaria, y garantías especiales que prohíben al Poder Ejecutivo dictar decretos de necesidad y urgencia sobre cuestiones penales y tributarias, etc.) (cfr. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 87/88). Tenemos entonces que la adecuación constitucional de la reglamentación que se haga de los derechos estará dada por la legalidad y razonabilidad de la misma (cfr. artículo 28 CN y artículos 18 y 21 de la CP).

En la medida en que el legislador debe optar por proteger determinados bienes jurídicos, existirá la posibilidad de limitar el campo de acción de los derechos reconocidos, cuidando de no afectarlos en una medida tal que importe su desnaturalización.

Nuestra Constitución provincial se ocupa de delimitar ambos conceptos –esto es, posibilidad de restricción siempre que no afecte el núcleo esencial del derecho- cuando en su artículo 18 establece que “[l]os derechos y garantías consagrados en esta Constitución y por la Constitución nacional no podrán ser alterados, restringidos ni limitados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, para luego agregar, en el artículo 21 que “[l]os habitantes de la Provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio...”.

Similar disposición contiene el artículo 28 de la Constitución nacional, donde reside el principio de razonabilidad como estándar constitucional que fija los límites a la competencia reglamentaria del Congreso prevista en el artículo 14

del mismo texto constitucional. Allí se dispone que "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a modo de ejemplo, puede citarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al reconocer el derecho de locomoción, también admite restricciones al mismo siempre que estén previstas en la ley y sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto (cfr. artículo 12.3 PIDCP). También la Convención Americana de Derechos Humanos admite que los derechos enumerados en el artículo 22 pueden ser restringidos, siempre que la medida sea indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (inciso 3) o por razones de interés público (inciso 4). Estas restricciones a los derechos y libertades constitucionales devienen necesarias a los fines de la convivencia en sociedad y presuponen una tarea ponderativa del legislador entre los diversos bienes jurídicos en juego que deben ser protegidos. La limitación legal a cualquiera de ellos obedece a una finalidad social relevante previamente seleccionada por el legislador y debidamente valorada en su contribución al bien común.

En particular, con relación al derecho de locomoción o libertad ambulatoria, la Corte Suprema de expediente SNQDOT n° 4679 – Año 2013 Justicia de la Nación tiene dicho que: "...el art. 14 garantiza de modo general el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Ese derecho no es, sin embargo, absoluto pues, en cuanto aquí interesa, se encuentra condicionado por el art. 18, que autoriza a limitar la libertad ambulatoria de las personas con fines procesales. (...) Sin embargo, puesto que estas medidas constituyen una severa intervención del Estado en el ámbito de libertad del individuo, su ejercicio no puede estar librado a la arbitrariedad. Toda vez que la coerción procesal se lleva a cabo sobre quien goza de un estado de inocencia que todavía no ha sido destruido por una sentencia condenatoria, es necesario que las medidas restrictivas de la libertad y, en especial, las restrictivas de la libertad ambulatoria, sean ejecutadas conforme a la ley. Por otra parte, no basta la existencia de una ley para autorizar indiscriminadamente el empleo de la coacción estatal, sino que ésta debe limitarse a los casos en los que aparece fundadamente necesario restringir ciertos derechos de quien todavía aparece como inocente ante el sistema penal, pues de lo contrario las garantías del art. 14 serían letra muerta." (Fallos 317:1985). Por supuesto que las restricciones al derecho de que se trate deben provenir del poder estatal que constitucionalmente se encuentre imbuido de la facultad reglamentaria, respetando los principios de legalidad, razonabilidad y no discriminación.

X.- En cumplimiento de esta manda constitucional, el legislador neuquino dictó la Ley 2081 Orgánica de la Policía de Neuquén, sancionada –previo debate parlamentario- con fecha 30/09/1994, y publicada en el BO 2374 de fecha 28/10/1994, en reemplazo de la anterior Ley 632.

Su artículo 9 –aquí cuestionado- dispuso: "Para el ejercicio de la función de policía de seguridad determinada en el presente capítulo [la Policía de la Provincia del Neuquén], puede: ...b) Demorar a la persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documento identificatorio fehaciente. En todos los casos la orden provendrá de personal superior de la institución y no podrá exceder de dieciocho (18) horas, debiendo asentarse el ingreso en los registros policiales. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objeto de la medida. Al demorado se le hará saber que puede comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación."

La anterior redacción de la norma, establecía que la Policía podía, con idénticos fines: “Artículo 10: (...) 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 el plazo de veinticuatro (24) horas.”

La Ley 2081 importó un gran avance en el resguardo de los derechos de las personas que transitan por el territorio neuquino, al consignar que se faculta a la Policía a proceder a la “demora” y no a su “detención”; suprimió como causa justificante de la medida la “averiguación de los medios de vida”; varió los supuestos en los cuales puede procederse a la demora; estableció mayores resguardos para el demorado en estas circunstancias (necesidad de orden emanada del personal superior de la institución, asentamiento en los registros de la sede policial, posibilidad de comunicar a la familia o persona de confianza sobre la demora) y acotó el plazo por el cual puede demorarse a una persona en la sede policial a un máximo de 18 horas.

Pero, más allá de celebrar los evidentes cambios que sufrió la normativa con la finalidad de rodear de mayores garantías a los individuos frente a la facultad otorgada a la Policía, cabe preguntarse si estos avances son suficientes para garantizar los derechos mencionados, reconocidos en el plano local, nacional e internacional.

En este escenario resulta preciso analizar los términos y posibilidades de aplicación que habilita la norma cuestionada, con la previsión de que el examen que esta específica acción autónoma habilita a realizar al juez constitucional se circunscribe a la compatibilidad lógica y axiológica de la normativa con el texto constitucional, sin que puedan enjuiciarse aquí los casos concretos de aplicación, que deberán ser ventilados en acciones que posibiliten el control subjetivo y difuso de constitucionalidad.

“La colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto o de sus resultados pues, efectuar el análisis de la validez constitucional sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas que, por lo demás, no son su consecuencia necesaria” (Disidencia parcial del Dr. Horacio Rosatti en Fallos 340:1795).

XI.- El juicio constitucional que se requiere no se encuentra dirigido a confrontar el principio de legalidad, dado que la norma impugnada ha sido dictada por el Poder Legislativo provincial en uso de sus facultades reglamentarias emanadas de la Constitución provincial (artículo 189, inciso 5, de la CP) y mediante los mecanismos establecidos para la sanción de las leyes (artículo 191 y sgtes. de la CP). El planteo se enmarca en el contexto del principio de razonabilidad, anteriormente mencionado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado a través de su jurisprudencia algunas pautas que orientan el juicio de razonabilidad que debe realizarse a fin de evaluar la adecuación constitucional de la limitación de los derechos en general.

Así se ha previsto que la reglamentación: a) debe estar justificada por una situación de hecho; esto es, que la reglamentación debe enderezarse a dar satisfacción a alguna real necesidad o conveniencia social, b) deben ser proporcionadas a los fines que se procuran alcanzar, cumplir una función útil para la solución del problema al que se enfrenta (Fallos 248:800, 256:241, 262:205, 263:400, 283:98), c) la reglamentación no debe ser inicua, es decir, ir más allá de lo necesario para lograr el objetivo propuesto (Fallos 262:205; 263:400;274:19).

A su vez, la Corte Interamericana de Justicia ha añadido ciertos recaudos en el caso especial de la privación de la libertad física, indicando que para que una detención fundada en una ley sea acorde con la Convención Americana sobre

Derechos Humanos: 1) la finalidad de la privación de la libertad debe ser acorde con esa Convención, 2) las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido, 3) deben ser necesarias, esto es, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y no existir otra medida menos gravosa respecto de tal objetivo, y 4) deben ser proporcionadas, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción a la libertad no resulte exagerado o desmedido (cfr. "Chaparro Clavares vs. Ecuador", consid. 93). Sobre estas bases habrá de discurrir el test de constitucionalidad de la normativa cuestionada.

XII.- La facultad policial de solicitar identificación constituye una de las herramientas básicas destinada a la prevención e investigación de los delitos, la protección de las personas y de los bienes en general, que es utilizada en muchos países a los fines de proveer al orden, la seguridad pública y al mantenimiento de la paz social, finalidades contempladas en el preámbulo de la Constitución neuquina y de su par nacional. Dichas funciones han sido expresamente acordadas a las fuerzas policiales por la Ley 2081 (artículos 1 y 8).

Para la consecución de esos fines, el legislador ha previsto diversas herramientas (cfr. artículo 9 Ley 2081) entre las cuales se encuentra la facultad de requerir identificación a las personas a los fines de determinar si se encuentran, de alguna forma, requeridos judicialmente; esto es, si tienen una orden o pedido de búsqueda o de captura vigente.

Como se advierte, la fórmula "averiguación de antecedentes" utilizada por el legislador como causa justificante de la finalidad genérica de prevención del delito y provisión de la seguridad pública, excede el mero chequeo del Registro Nacional de Antecedentes Penales, desde que una persona puede encontrarse en dicho Registro y no estar requerido judicialmente. Y, por el contrario, puede ser que alguien tenga pedido de captura vigente, pero nunca haya sido condenado por ningún delito y, por ende, no registra antecedentes penales.

A su vez, la finalidad de la identificación de personas excede la mera búsqueda de delincuentes, también comprende el llamado control poblacional y la búsqueda de individuos –mayores o menores de edad- que se encuentren desaparecidos y que sean objeto de alertas nacionales.

En el ejercicio de tal atribución las Fuerzas de Seguridad deben cumplir determinados requisitos, garantizando los derechos de las personas y respetando los límites asignados por las leyes, la Constitución y las Convenciones internacionales.

Uno de esos extremos se encuentra dado por la existencia de causas justificantes para llevar a cabo la demora, y ello importa un criterio de evaluación del funcionario policial que ejerce tal atribución, que será razonable en tanto se encuentre enderezado al cumplimiento de la finalidad de la normativa y no evidencie un trato discriminatorio de selección de las personas.

En otras palabras, el propósito que guíe el requerimiento policial debe necesariamente estar fundado en razones de seguridad pública, de protección de las personas o sus bienes y/o la prevención general de delitos y contravenciones, y no debe suponer un trato discriminatorio, desigual o arbitrario para las personas, que las coloque en situación de inferioridad o indefensión, respecto de otras personas que circulen libremente por el lugar. Sólo así, el ejercicio de tal atribución será compatible con las garantías de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

Cabe recordar aquí el dictamen del Procurador General de la Nación, en el caso "Tumbeiro", que señala: "...cuando [las fuerzas de seguridad] en cumplimiento de su rol de autoridad de prevención (art. 183 Cód. Procesal Penal) proceden a identificar a quienes transitan por la vía pública, (...) se pueden presentar una infinidad de situaciones de imposible enunciación por el legislador, las cuales, aun cuando no afecten la inmunidad de arresto que consagra el art. 18

de la Constitución Nacional, son capaces de limitar momentáneamente la libertad. Esa razonable restricción, encuentra su justificación en la protección que corresponde dispensar a la sociedad en función del bien común y en lo que considero que constituye el más elemental y legítimo ejercicio del poder de policía que debe reconocerse a esa autoridad estatal, en resguardo de la tranquilidad y el orden públicos por los que también debe velar en cumplimiento del art. 4º inc. 1, de su ley orgánica.” (Dictamen de la PGN, in re “Tumbeiro”, Fallos 325:2485).

Las pautas a las que las Fuerzas de Seguridad deben ajustar su accionar fueron señaladas en la causa “Vera” fallada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Allí, en relación con la finalidad de la atribución, se mencionó que: “...la medida tiene que estar guiada por un propósito previsto en la ley (vgr. prevención del delito, etc.) esto es, no perseguir otros ni privados ni públicos (arg. art. 7, inc. f, Ley 19.549 y modificatorias)”. Y agregó, “(...) la medida adoptada no puede violar una garantía constitucional. Típicamente no debe discriminar, no debe asumir solapadamente criterios de sospecha por notas de las personas que harían odiosa una distinción (vgr. color de la tez, nivel económico revelado por la indumentaria, juventud, género, etc.). No debe ser injustificadamente invasiva. Esto puede estar medido en relación a la mayor o menor capacidad de control y al nivel de riesgo. Por ej., el mayor control puede estar justificado en los pasajeros que suben a un vuelo. No veo que el derecho a la intimidad pueda verse soslayado apelando al consentimiento del pasajero, cuya voluntad está intensamente condicionada. Si, en cambio, cabe tomar en consideración la ventaja que para cada pasajero implica que los demás ocupantes de la aeronave sean requisados.” (del voto del Dr. Lozano, en la causa “Vera, Lucas Abel, s/ infr. Art. 85, C.C.” Expte. 11835/15, 23 de diciembre de 2015).

Bajo estos parámetros, puede afirmarse que la circunstancia de que una autoridad policial, en ejercicio de su función de prevención, lleve adelante procedimientos identificatorios de personas al azar en lugares públicos o de acceso público, no es per se violatorio de ninguna garantía constitucional, siempre que esa identificación se encuentre fundada en la consecución de las funciones que le resultan inherentes para la prevención del delito en general o el mantenimiento del orden y la seguridad pública, y no se encuentre fundada en criterios de discriminación reñidos con el principio de igualdad, e intolerantes constitucionalmente (esto es, discriminaciones efectuadas en función del género, la vestimenta, color de la tez, aspecto físico, edad, etc.).

XIII.- Desde la perspectiva del equilibrio conveniente que debe existir entre los objetivos gubernamentales y los medios utilizados para lograrlos, cabe detenerse en una de las más relevantes modificaciones que sufrió el inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081, esto es, la incorporación del término “demora”, reemplazando a la “detención” que habilitaba la normativa anterior.

La distancia entre ambos léxicos no es sólo semántica, sino que alude a interferencias, de diversa intensidad, a distintos derechos constitucionales.

El primero, refiere a una simple restricción a la libertad de movimiento o circulación y afecta al derecho de locomoción también llamado libertad ambulatoria; el segundo, constituye una privación temporal de la libertad física.

No se desconoce que parte de la doctrina considera que la mera interceptación de una persona en la vía pública –o lugar de acceso público- por parte de un funcionario policial constituye una privación de la libertad del individuo, derecho que si bien puede ser restringido en su ejercicio, su reglamentación debe resguardar las garantías previstas en el artículo 65 de la Constitución provincial, así como el artículo 18 de la Constitución nacional en el plano nacional, y los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Declaración

Universal de Derechos Humanos, en el plano internacional. Para quienes así lo interpretan, cualquier restricción de la circulación o menoscabo a la libertad ambulatoria, importa una lesión a la libertad física, no siendo relevante las circunstancias en las cuales acontece, las condiciones en las que se lleva a cabo, el tiempo de duración de la medida restrictiva ni la denominación que se utilice para identificar la atribución policial –arresto, detención o demora-. Sin embargo, estimo que asimilar esos conceptos aparece como un exceso argumental o, al menos, resulta discutible desde el punto de vista del lenguaje corriente y, sobre todo, desde la teoría de la exégesis constitucional.

Interpretar que el legislador sólo mutó un término por otro al modificar la Ley 2081 –esto es “detención” por “demora”- sin que ello importe una profunda reforma que supere la mera semántica, es subestimar la difícil y excelsa tarea que debe llevar a cabo como primer intérprete de las mandas, principios y valores constitucionales, cuya función primordial es la producción de normas generales en términos tan precisos que atiendan la realidad coyuntural en el que fueron dictadas, con vocación de perdurar en el tiempo.

Constituye una pauta interpretativa pacífica que “[l]a inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos.” (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, en Fallos 344:5, 343:1434, 343:140, entre otros).

Conforme el diccionario de la lengua española, la primera acepción corriente del término “demorar” es retardar o retrasar. En cambio, la palabra “detener”, cuando es dicho respecto de una autoridad, significa “prender a alguien” (cfr. <https://dle.rae.es>).

Una segunda aproximación a la distancia entre los términos utilizados puede extraerse del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén (Ley 2784), que distingue los supuestos en los cuales cabe llevar a cabo las distintas medidas de coerción y cautelares, diferenciando la aprehensión (artículo 111) de la detención (artículo 112), y la prisión preventiva (artículo 114).

El Código sienta el principio general señalando que las medidas de coerción sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso y sólo durarán el tiempo imprescindible (artículo 110 CPP). En relación con la “detención” señala que:

“Ninguna persona podrá ser detenida sin orden escrita. El fiscal podrá ordenar la detención del imputado cuando existan suficientes indicios para sostener, fundadamente, que es autor o partícipe de un delito y exista riesgo de que no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación. La detención no podrá excederse por más de veinticuatro (24) horas. Si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez. En caso contrario, ordenará la libertad. El funcionario a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención y de la autoridad que la dispuso.” (art. 112 CPP).

Como se aprecia, las garantías que rodean a la “detención” –orden escrita, comunicación al juez, plazo máximo de detención, indicios suficientes de comisión o participación en un delito, etc.- distan de aquellas que se encuentran previstas en el inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 analizado, y son compatibles con las estipuladas en el artículo 65 de la Constitución provincial. Y ello así porque la detención supone una medida coercitiva grave, que priva temporalmente a la persona de su libertad física –y, por supuesto, también de su libertad ambulatoria- con la finalidad de someterla a un proceso penal.

Por el contrario, la “demora” prevista en la primer parte del inciso b del artículo 9 de la Ley 2081, sólo importa una interceptación circunstancial y breve de la persona, que se agota en el acto fugaz de demorar al individuo en la vía pública –o lugar

donde se requiere su identificación, generalmente de acceso público-, sin que tenga aptitud para limitar más allá de la libertad de circulación o locomoción, en un grado que no vulnera el núcleo esencial de ese derecho.

No se desconoce que cuando los funcionarios policiales interrumpen la marcha de un individuo en la vía pública a los fines de su identificación, éste no podría –en principio- eludir el control policial, desobedeciendo la orden o el requerimiento de exhibir su documento. Sin embargo, constituiría un exceso del lenguaje –o una extensión indebida de la semántica del verbo “demorar”- decir que una persona así interceptada ha sido arrestada o privada de su libertad física, simplemente porque ninguna persona lo interpretaría de ese modo. De ello se sigue que toda privación de la libertad física conlleva una seria limitación a la libertad de circulación, pero no cualquier restricción a la libertad de circulación constituye una privación de la libertad física. Ambas libertades están amparadas constitucionalmente (artículos 32 y 65 de la CP y artículos 14 y 18 de la CN) pero sujetas a regímenes de garantías no necesariamente idénticos.

En definitiva, la atribución analizada en la primera parte del inciso analizado –cabe hacer la aclaración, como más adelante se verá- sólo admite una interceptación en la libre circulación, de duración breve y mínimamente necesaria para el cumplimiento de la medida –esto es, la identificación de la persona- con la finalidad de establecer si existe un pedido de búsqueda pendiente, orden de captura o detención a su respecto y con el objetivo de prevenir el delito, mantener el orden y la seguridad pública, proteger a las personas y los bienes, etc.

Por el contrario, la detención importa una medida más limitativa de la libertad, constituye una verdadera privación de la libertad física, más allá de las causales por las cuales ha acontecido, el lugar donde se lleve a cabo o el tiempo que dure la misma.

Que una simple interceptación en la vía pública –que debe responder a las características de momentánea y con fines identificatorios- no se convierta en una “detención” arbitraria, dependerá de las circunstancias de hecho que rodeen el caso concreto; lo que no puede ser analizado en el marco de la acción autónoma, sin perjuicio de que existen carriles aptos para sancionar la aplicación arbitraria de la atribución policial.

Es que “ante la falta de definición exhaustiva del concepto de privación de libertad por los tribunales y otros órganos de aplicación o interpretación de los instrumentos de derechos humanos, los intentos parten de un examen casuista, según cada supuesto de hecho concreto. Se sostiene así que deben tenerse en cuenta la clase, modo de ejecución, duración y efectos de la medida de que en cada caso se trata. La diferencia entre privación de libertad y simple restricción de la libertad de movimientos, residiría únicamente en su medida e intensidad, y no en su naturaleza o esencia.” (cfr. García Luis M. “Dime quien eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso “Tumbeiro”, La Ley t. 2003-A 470”).

En estas condiciones, esa efímera interrupción de la libertad de locomoción o ambulatoria, no configura una privación del derecho a la libre circulación que aparezca como reñida con su reconocimiento constitucional y convencional, ni que en función de su menor intensidad deba ajustarse a los límites previstos en el artículo 65 de la Constitución de la provincia y artículo 18 de su par nacional por afectar la libertad física.

Por el contrario, su tolerancia constituye una manifestación del deber de colaboración que toda persona tiene para con las autoridades, con el propósito de contribuir a la prevención del delito, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la protección de las personas y los bienes, entre otros fines de interés general.

Repárese que la Ley 17671 del Registro Nacional de las Personas prescribe, en su artículo 13, que “[l]a presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad cualquiera fuere su naturaleza y origen”.

De esta forma, el ordenamiento jurídico amalgama la necesidad de exhibir el documento de identidad frente al requerimiento policial –mínima invasión que debe tolerar la persona en la esfera de su derecho constitucional- con la finalidad pública de proveer a la seguridad general, al orden y la prevención del delito que el legislador ha puesto en cabeza prioritaria de la Policía provincial pero con la cual todo individuo debe colaborar, evidenciando un equilibrado balance de adecuación constitucional.

XIV.- Como se ha hecho referencia anteriormente, este análisis sólo justifica -en términos de razonabilidad- la adecuación constitucional de la primera parte del inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 analizado, en tanto en dicho apartado la demora importa una mera interceptación de la persona en la vía pública o lugares de acceso público, con fines identificatorios.

Pero, distinta es la conclusión a la que se arriba al someter al test de proporcionalidad a la segunda parte de la normativa analizada, es decir, aquella que habilita a las fuerzas de seguridad a trasladar a la persona interceptada, y cuya identidad no ha podido ser establecida en la vía pública, a la dependencia policial.

Es que si bien el inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 establece taxativamente las causales por las cuales el funcionario policial se encuentra habilitado para el traslado a la sede policial de la persona demorada, restringiendo los supuestos en los que cabe proceder de ese modo cuando la persona: a) se niegue a identificarse, b) carezca de documentación o, c) la misma no constituya documento identificatorio fehaciente, lo cierto es que dicha medida constituye una limitación más grave de la libertad de circulación que involucra también a la libertad física. Ergo, las exigencias necesarias para superar el estándar constitucional son mayores.

En efecto, en la actualidad la identificación de personas se realiza a través de aplicaciones específicas instaladas en los dispositivos móviles que permiten arribar a la información necesaria de forma casi inmediata. Estas aplicaciones habilitan a las fuerzas de seguridad a acceder a los Sistemas de Seguridad Nacional –SISeN-, al Sistema Federal de Comunicaciones Policiales –SIFCOP-, al Sistema de Identificación de Tribunas Seguras, al Sistema Federal de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Extraviadas –SIFEBU-, etc., y, de esa manera, determinar si una persona cuenta con pedido de paradero, captura u otras medidas (vgr. prohibiciones de salida del país/provincia, búsqueda de personas extraviadas, solicitudes de paradero por comparendo, habeas corpus, medidas restrictivas (por ej., prohibición de acercamiento), pedidos de secuestros (vehiculares, de armas o de otros elementos, etcétera)

(cfr. <http://www.policiaelneuquen.gob.ar/index.php/noticias/ultimas-noticias/item/23911-14-35-entrega-de-telefonointeligente-con-app-de-identificacion>).

Luego, en el contexto actual de avance de la tecnología y medios electrónicos de consulta, junto a la sistematización de la información en registros unificados que pueden ser consultados por las fuerzas de seguridad de todo el país, aparece como un exceso reglamentario habilitar al traslado de la persona interceptada en la vía pública hasta la sede policial a fin de establecer su identidad, cuando esta circunstancia puede llevarse a cabo, en un breve lapso de tiempo, en el lugar donde ha sido demorada.

No obsta a esta conclusión la circunstancia de que la normativa fije un plazo máximo –de 18 horas- para la demora de la persona en la dependencia policial, ni que la orden del traslado provenga de autoridad superior, o que habilite al

demorado a que se comunique con alguna persona de su confianza o familiar, o la previsión de que la medida no puede extenderse más allá del tiempo indispensable para el cumplimiento del objeto de la misma; garantías que intentan resguardar a la persona de una detención ilegal o arbitraria.

En el escenario actual de vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el derecho interno, sumado a la evolución que ha tenido el acceso a la información a través de la tecnología, una demora que se extienda más allá de una breve interceptación en la vía pública o lugar de acceso público donde se requiera a la persona su identificación y/o importe el traslado de la persona a una dependencia policial, es excesivamente restrictiva de los derechos en juego, desproporcionada con la finalidad perseguida e incompatible con las garantías constitucionales y convencionales vigentes.

XV.- La inadecuación constitucional de la segunda parte de la normativa analizada también se encuentra reflejada en la improcedencia de que un funcionario policial –aun cuando se tratare de “personal superior de la institución”- emita la orden de traslado del demorado a la sede policial (circunstancia que, de por sí, es de difícil realización), y, principalmente, en la ausencia de comunicación a la autoridad judicial cuando el demorado es ingresado en la dependencia policial.

En efecto, el artículo 65 de la Constitución provincial, al prescribir las garantías de los “detenidos”, establece que deben ser puestos a disposición del juez competente. De igual forma, con el advenimiento del sistema acusatorio en materia penal, el Código Procesal Penal de la Provincia (Ley 2784) prevé que ninguna persona podrá ser detenida sin orden escrita y que el fiscal podrá ordenar la detención del imputado pero, si la medida dura más del tiempo estipulado en la normativa (24 horas), debe solicitarle una medida de coerción al juez. Caso contrario, se lo pondrá en libertad (artículo 112 transcripto anteriormente).

A su vez, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocer el “Derecho a la libertad personal” indica que: “... 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” Asimismo, el inciso 6 prescribe: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales...”.

Luego, si el traslado de una persona demorada para su identificación supone – como hemos visto- una restricción a su libertad física –que excede de la mera interceptación en la vía pública o lugar de acceso público- debe gozar de idénticas garantías de las otorgadas a aquellas personas a las cuales se les priva momentáneamente de su libertad –detenidos- en tanto no se trata de cuál ha sido la “causal justificante” de la medida sino de otorgarle un similar trato a los que sufren idéntica restricción de su derecho. Lo contrario importaría convalidar la vulneración del principio de igualdad ante la ley (artículo 22 de la Constitución provincial y artículo 16 de la Constitución nacional).

En igual línea argumental es lógico concluir que si un detenido –presunto autor o partícipe de un delito- debe ser puesto inmediatamente a disposición de una autoridad judicial, idéntica garantía debería tener quien es privado momentáneamente de su libertad física, cualquiera fuera la causa por la cual se procedió a ello.

Desde esta perspectiva, la segunda parte del inciso b) artículo 9 de la Ley 2081, en tanto prescribe la posibilidad de trasladar al demorado a la sede policial a fin de establecer su identidad sin que se encuentre prevista una

comunicación a un magistrado judicial, es vulneratoria de la garantía de igualdad ante la ley (artículo 22 de la Constitución provincial y artículo 16 de la Constitución nacional).

XVI.- Por último, no cabe soslayar las consideraciones que la Corte Interamericana de Justicia en el caso “Torres Millacura y otros vs. Argentina” ha efectuado en el control de convencionalidad respecto de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Chubut (inciso b del artículo 10 de la Ley 815), que habilitaba no sólo la demora de las personas, por similares causas que las aquí controvertidas, sino también el traslado de la persona a la dependencia policial por un plazo máximo de 10 (diez) horas, con idéntica finalidad a la prescripta en la normativa aquí analizada.

En el caso citado se juzgó la detención y posterior desaparición de un ciudadano interceptado por la Policía de la Provincia del Chubut en uso de la facultad de “averiguación de antecedentes”. Torres Millacura fue trasladado a la dependencia policial, donde su ingreso no fue asentado en los registros habilitados al efecto –los que luego se comprobó que fueron manipulados-, en un aparente proceder habitual de las fuerzas de seguridad de dicha provincia, que actuaron violando los términos de la Ley Orgánica a la que debían sujetar el procedimiento (Ley 815).

La Corte consideró que a “los efectos del artículo 7 de la Convención, una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona, y por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención. En tal sentido, la detención del señor Torres Millacura, aun si fue realizada con fines de identificación, tuvo que haber sido debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo. Al no haber sido registrada la detención del señor Torres Millacura, la Corte considera que los policías incumplieron uno de los requisitos previstos en la Ley 815 y que, por lo tanto, el Estado violó los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento” (consid. 76).

Más adelante, la Corte sostuvo que “...una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3 de la Convención.” (consid. 78). Luego, afirmó que “[p]ara la Corte, al no establecer causas concretas por las cuales una persona podía ser privada de su libertad, el artículo 10, inciso b) de la ley 815 permitió a los policías de la Provincia del Chubut interferir con la libertad física de las personas de forma imprevisible y, por lo tanto, arbitraria.

Consecuentemente, la Corte considera que dicha disposición fue contraria a los artículos 7.3 y 2 de la Convención Americana” (consid. 80).

Una lectura atenta del fallo permite concluir que la Corte no considera que la demora, con fines de identificación de la persona, sea en sí misma una facultad contraria a la Convención Americana. La objeción del fallo pasa por la “demora” cuando la medida conlleva el traslado de la persona a la dependencia policial – en tanto lo considera una privación a la libertad física de la persona-, y no se cumplan los procedimientos establecidos en la ley interna a fin de resguardar los derechos del demorado (aspecto formal), o el derecho interno contenga previsiones contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana (aspecto sustancial).

Con relación a este último aspecto, en el caso analizado, la Corte apunta a la amplitud de la fórmula legal que permite a la fuerza policial realizar detenciones por averiguación de identidad, señalando que “[l]a reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las

“causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana” (consid. 74).

Sin embargo, la amplitud de las causales por las cuales se habilita la demora de una persona –o ausencia de tipicidad de la normativa, como señala la Corte Interamericana- cobra relevancia frente al hecho de existir una “efectiva privación de la libertad física de la persona” la que, como se ha señalado anteriormente, no acontece con la breve interceptación del individuo en la vía pública o lugar de acceso público. Sólo podría considerarse que se ha privado de la libertad física a una persona cuando es demorada en el lugar por un lapso de tiempo irracional –esto es, excediendo el estrictamente necesario para establecer la identidad mediante los medios que actualmente brinda la tecnología- o, en su caso, trasladada a la dependencia policial.

Ello no significa que se avale que la norma analizada utilice términos tan amplios para referirse a las causas justificantes del ejercicio de la facultad policial que habilite cualquier exceso por parte de las fuerzas de seguridad. Por el contrario, las causas justificantes – caso de la demora para identificación- deben estar determinadas en la normativa o desprenderse de su finalidad, porque implican una restricción a una libertad de circulación; pero sería un exceso predicar a su respecto la tipicidad propia del derecho penal, en tanto implica el ejercicio de una tarea de prevención por parte de las fuerzas de seguridad. Nótese que las circunstancias a las que se enfrenta el funcionario policial, y respecto de las cuales cabe ejercer la función de prevención y de seguridad pública, son infinitas y variadas, lo que dificulta una técnica legislativa que intente abarcar, si no todas, la mayor cantidad de posibilidades en una realidad que, además, es cambiante.

Desde la atalaya de la recepción constitucional de los derechos humanos, la atribución policial de identificación de personas, siempre que importe una breve interferencia en la libertad de locomoción -tal la interceptación en la vía pública o lugares de acceso público- y una mínima invasión de la privacidad –como es el requerimiento de exhibir su documento o identificarse por cualquier medio fehaciente- no importa una afrenta a las garantías propias de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

Como se analizó, distinta es la conclusión a la que cabe arribar respecto de la segunda parte del inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081, en tanto el traslado de un demorado en la vía pública –o lugar de acceso público- a una dependencia policial, con la sola finalidad de establecer su identidad, importa una restricción a la libertad física que en, cuanto tal, debería sujetarse a las garantías previstas en el artículo 65 de la Constitución provincial, 18 de su par nacional, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Más allá de ello, desde una perspectiva de estricta proporcionalidad entre medios y fines, en el estado actual de evolución de la tecnología móvil que permite acceder rápidamente a los registros y base de datos de uso exclusivo de las fuerzas de seguridad, no se justifica el traslado de una persona a la dependencia policial a los fines de establecer su identidad y corroborar si, en su caso, se encuentra requerido judicialmente o es buscado por desconocerse su paradero.

XVII.- La solución de un caso constitucional nunca es una tarea sencilla, si concebimos que ello involucra mucho más que la mera compatibilidad de normas de diversa jerarquía, sino que siempre subyace un conflicto axiológico que requiere del intérprete la necesidad de extraer los valores y principios receptados por la Constitución, optimizando su potencialidad expansiva y sus

proyecciones sobre el orden jurídico vigente, adaptando las respuestas a la sociedad donde la norma está destinada a regir.

Desentrañar el conflicto constitucional exige también que el juez constitucional sopesa las consecuencias de la decisión, midiendo el impacto que la solución tendrá sobre la sociedad y sus realidades versátiles que son intervenidas por la norma reinterpretada.

En este sendero, despojar a las Fuerzas de Seguridad de la facultad de identificar a las personas que circulan por el territorio de la provincia, con fines de prevención del delito, mantenimiento de la paz social, seguridad y orden públicos, y protección de las personas y los bienes, so pretexto de remover cualquier injerencia, por más mínima que sea, a la libertad física de los individuos –comprendiendo en ella a la libertad de circulación, locomoción o ambulatoria- se presenta como una medida extrema y desproporcionada con los fines perseguidos, que desconoce el esquema constitucional que contempla el principio de relatividad de los derechos mediante la reglamentación razonable de su ejercicio.

Ello no quita que la determinación del medio restrictivo de la libertad que el legislador ha propuesto al momento de la sanción de la norma y que actualmente no compatibiliza con los estándares vigentes en materia de derechos humanos, no pueda evolucionar hacia una redacción que contemple la armonización de los derechos en juego en una forma más cercana al diseño constitucional y convencional existente.

Pero ello es una tarea que le compete constitucionalmente al legislador, encontrándose vedado a este Tribunal alterar los términos de la norma impugnada a extremos tales de sustituir o modificar el criterio del legislador efectuando ponderaciones que escapan a la misión de este Poder Judicial.

En este contexto, si bien resulta loable la tarea del Sr. Fiscal en tanto que ofrece una exégesis de la norma que entiende compatible con la Constitución provincial, el pormenorizado detalle de los pasos interpretativos y adicionales a seguir señalados en el dictamen, supone el dictado de una sentencia interpretativa por adición normativa que, en principio, excede la misión que la Constitución provincial ha encomendado a este Cuerpo.

Es que no se trata de una mera interpretación que acompaña el texto normativo para una comprensión clara que permita armonizar la voluntad del legislador, con la literalidad del artículo y la realidad jurídica actual. Lo que propone el Sr. Fiscal es una verdadera creación normativa, distinta a la impugnada.

Al respecto, se ha dicho que en materia de control judicial de constitucionalidad “no le toca al juez indicar cuál es la mejor respuesta que debió adoptar ese legislador, sino solamente averiguar si la escogida por él se encuentra dentro del marco de opciones constitucionales posibles” (Sagüés Néstor Pedro, “El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial”, p. 37, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005).

Adviértase, además, que la normativa refiere a una temática tan compleja y controvertida, como lo son las facultades de las fuerzas de seguridad provinciales en materia de prevención del delito, lo que debe insertarse en un programa de políticas públicas y que requiere de un amplio debate para lograr una norma con consenso social –dentro de los límites constitucionales y convencionales correspondientes- cuya celebración y consecución se encuentra a cargo de la Legislatura provincial, órgano que representa directamente la voluntad popular, mediante sus integrantes convocados electoralmente.

En función de lo expuesto, considerando especialmente que la amplitud de la regulación legal de la facultad policial habilita aplicaciones que implican una mínima afectación de la libertad ambulatoria y otras que colisionan con los patrones internacionales sobre derechos humanos, corresponde a este Cuerpo actuar con extrema prudencia al poner en funcionamiento su potestad abrogatoria, y sólo ejercerla respecto de aquella parte de la normativa que supone una confrontación con los estándares actuales de vigencia de los

derechos humanos, sin que ello importe la desnaturalización de la finalidad de la normativa analizada.

XVIII.- Bajo estas previsiones, entonces, propicio hacer lugar parcialmente a la demanda incoada, declarando la inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081, en la parte que dice: “cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documento identificatorio fehaciente. En todos los casos la orden provendrá de personal superior de la institución y no podrá exceder de dieciocho (18) horas, debiendo asentarse el ingreso en los registros policiales. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objeto de la medida. Al demorado se le hará saber que puede comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación”; todo ello con el alcance del artículo 16 in fine de la Constitución nacional. A partir de la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial, el inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 quedará redactado de la siguiente forma: “b) Demorar a la persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen”.

Cabe advertir que lo dicho hasta aquí de ninguna forma habilita a interpretar que la solución constitucional que se postula –y que deriva de la limitada misión de legislador negativo que los constituyentes pusieron en cabeza de este Cuerpo- implique otorgar mayores libertades a los funcionarios policiales en sus tareas de prevención y mantenimiento de la seguridad pública, que aquellas que habilita actualmente la normativa cuestionada, o que, de alguna forma, se pretenda legitimar bajo su amparo un ejercicio abusivo o situaciones discriminatorias que, precisamente, son las que se intentan evitar con la declaración de inconstitucionalidad propiciada. Es aquí donde este Cuerpo debe insistir en una interpretación de la norma superviviente que sea conforme con los estándares de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho. Para ello se recuerda a los operadores de la normativa que en el ejercicio de la facultad habilitada deben: a) interceptar a las personas en la vía pública cuando sea necesario identificarlas con la única finalidad de prevenir el delito, mantener o restituir el orden y la seguridad pública y/o proteger a las personas y los bienes; b) no demorar más del tiempo imprescindible para establecer la identidad de la persona interceptada; c) en ningún caso podrá trasladarse a la persona demorada a la sede policial a los fines del establecimiento de su identidad –salvo que la persona ya identificada fuera requerida judicialmente-; d) la interceptación de las personas en la vía pública no debe estar motivada en razones discriminatorias efectuadas en función del género, la vestimenta, el color de la tez, aspecto físico, la edad, etc.

No se desconoce que la respuesta constitucional que este Tribunal se encuentra habilitado a dar en este específico escenario de control de constitucionalidad, lejos está de constituir la mejor versión legislativa de una facultad otorgada a la policía de seguridad la que, en función del derecho que se intenta resguardar –libertad ambulatoria-, requiere de límites precisos que deben ser delineados por el legislador en cumplimiento de su función constitucional de sancionar las leyes.

Simplemente, la respuesta dada al caso constitucional planteado es aquella que resulta posible en el contexto de un ejercicio prudente de las facultades de este Tribunal en su rol de juez constitucional. Competerá al legislador neuquino, en el caso de estimarlo procedente, evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia de una modificación o sustitución de la normativa sobreviviente que sea compatible con el Estado Constitucional y Convencional de Derecho vigente.

Comuníquese la presente sentencia a la Legislatura Provincial y al Poder Ejecutivo. En atención a la especial naturaleza de la cuestión y la dificultad propia del debate constitucional planteado, estimo procedente imponer las costas en el orden causado (cfr. artículo 68, segunda parte, del CPCyC, de

aplicación supletoria según Ley 2130). MI VOTO. El señor Vocal Doctor Evaldo Darío Moya, dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el Dr. Busamia, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MI VOTO. El señor Vocal Doctor Alfredo Elosú Larumbe dijo: comparto los fundamentos y la solución propiciada por el Dr. Busamia, en función de lo cual emito mi voto en igual sentido. TAL MI VOTO.

La Sra. Vocal Dra. María Soledad Gennari, dijo:

I.- Luego de analizadas las argumentaciones y las conclusiones a las que arriba el Vocal que abre el acuerdo, me encuentro en la posición de expresar mi respetuoso desacuerdo con ellas, en tanto no reflejan mis convicciones en relación con el análisis constitucional exigido.

II.- Conforme se ha expedido este Tribunal en reiteradas oportunidades, cada vez que le toca ser árbitro final de la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales provinciales, la tarea aparece ardua y compleja, habida cuenta que la resolución que se adopte trasciende la esfera particular de los involucrados directamente en el proceso, para influir sobre la comunidad toda. Sin lugar a dudas, toda declaración de inconstitucionalidad constituye una de las más delicadas funciones a cargo de un Tribunal de Justicia. Como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de la norma es "la última ratio" y "hasta arribar a ese extremo (declaración de inconstitucionalidad), el itinerario a seguir debe dejar margen a una interpretación conciliadora que permita entender a la norma con un alcance 'no inconstitucional', o sea, a la inversa, con un alcance que la engarce congruente y satisfactoriamente en y con la Constitución, porque con ello se preserva el orden jurídico constitucional y porque esta postura guarda coherencia con el precepto general que regla la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos; que hace que quien alegue la inconstitucionalidad de una norma deba probarlo" (cfr. en igual sentido, Linares Quintana, "La constitución interpretada", p. XIX, Ed. Depalma, 1960) (ver Acuerdos 1/14 "Sindicato de Empleados Judiciales de Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad", y Ac. 3/17 "Sindicato de Trabajadores Municipales de San Martín de los Andes c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad", entre otros).

Como consecuencia de lo anterior, cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación constitucional, habrá que presumir, siempre que sea razonablemente posible, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales. La posibilidad de que un mismo precepto dé lugar a la adopción en concreto de tales soluciones antagónicas, es determinante de que, en abstracto, el intérprete deba inclinarse por su validez constitucional (cfr. Acuerdo 913/03, voto del Dr. Massei in re "Castillo Luis Helvecio y Otros c/ Municipalidad de Centenario s/ Acción de Inconstitucionalidad").

No obstante, como se expusiera en el Acuerdo 1/12 -causa "Repetto"- de esta Secretaría, dichas premisas generales del control de constitucionalidad se ven matizadas en el caso de las normas materialmente penales por el principio de tipicidad, que implica que no puedan subsistir tipos penales cuya redacción no agote los recursos técnicos para otorgar la mayor certeza posible acerca de cuál es la conducta incriminada, evitando indeterminaciones que impidan al ciudadano discernir los actos prohibidos de los permitidos y, en definitiva, resulten en desmedro de la libertad constitucionalmente protegida.

Y si bien la presente acción no se refiere a idéntico supuesto, lo cierto es que el derecho fundamental involucrado resulta ser el mismo -la libertad física-, lo que justifica, a mi criterio, un idéntico razonamiento.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "[t]oda injerencia estatal sobre los derechos de un individuo debe respetar los límites que rigen en un Estado de Derecho a efectos de su justificación y con mayor razón aún

deben ser interpretados restrictivamente si lo que se encuentra en juego es la privación de la libertad de una persona" (Fallos 329:3680 Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

Del planteo introducido, puede observarse que la alegada incompatibilidad recae fundamentalmente sobre dos derechos, uno desde su esencia constitucional –el derecho a la libertad-, y otro desde su carácter reglamentario del primero – seguridad pública-.

Tenemos entonces un derecho constitucional, invocado tal como se recepta en la Constitución provincial –derecho a la libertad, base del Estado de Derecho- que es reglamentado por una ley que busca garantizar otro valor constitucional –la seguridad pública-.

Respecto a este último, se advierte que el análisis no recaerá directamente sobre el derecho constitucional a la seguridad en sí, su núcleo duro, sino sobre una reglamentación que proyecta la interpretación del legislador sobre la forma en la que se debe garantizar ese derecho por parte de las fuerzas policiales en sus funciones específicas.

Recordemos que el Estado Constitucional de Derecho tiene como finalidad garantizar el máximo desarrollo de la personalidad, cuyo presupuesto primario es el reconocimiento de la libertad individual y la dignidad humana.

El derecho a la libertad como presupuesto básico del Estado Constitucional de Derecho es consagrado en distintas oportunidades en nuestra Carta Magna provincial. En el preámbulo se expone como un objetivo primario "asegurar los beneficios de la libertad" y, luego, se hace referencia al derecho de locomoción en el artículo 32, a las garantías en materia de aprehensión en el artículo 65 y se recepta la acción de habeas corpus en el artículo 60.

Bidart Campos sostiene que la libertad es un valor primordial que define a la esencia del sistema democrático. Exige respetar la dignidad del hombre [y de la mujer] como persona[s], más sus derechos individuales, e incluye la libertad física, de locomoción y de circulación; todo lo que se encuentra ampliamente protegido por la Constitución nacional, en especial con la acción de habeas corpus (ver Bidart Campos, Germán "Manual de la Constitución Reformada", tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 519).

También se ha dicho que el derecho a la libertad opera como derecho fundante, puesto que es el presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales (ver Néstor P. Sagüés, "Derecho Constitucional", tomo 3, Astrea, Buenos Aires-Bogotá- Porto Alegre, 2017, pág. 177).

Como consecuencia lógica de la libertad de los/las integrantes de la sociedad y, a los efectos de que todos ellos/as puedan efectivamente ejercer de manera simultánea y armónica sus derechos fundamentales, éstos deben ser reglamentados de manera tal que se identifique el ámbito de ejercicio legítimo de los mismos. La reglamentación de los derechos es una exigencia de la vida en sociedad, permitida constitucionalmente (artículo 18 Constitución provincial y artículo 28 Cítera nacional), siempre que ésta no los altere ni desnaturalice.

Concretamente, como se dijo, el supuesto analizado remite a la reglamentación del derecho a la libertad constitucionalmente protegido por la normativa que establece las facultades de las fuerzas de seguridad provinciales, en pos de la tutela del bien jurídico seguridad pública.

Aquí se ubica la reforma de la Ley Orgánica Policial 2081 que, conforme el tratamiento general del proyecto en la Legislatura, tuvo como finalidad asegurar eficazmente el cumplimiento de los objetivos de la institución policial para el mantenimiento del orden público y la paz social, al que el legislador refiere como "término que suele englobarse genéricamente en el más amplio de preservación de la seguridad pública". Para ello, se actualizaron varios aspectos de la ley anterior en materia organizacional de la Fuerza y se introdujeron reformas que los legisladores entendieron que la realidad de ese entonces exigía. El legislador, al tratar el proyecto, dijo que "[e]l Gobierno de la Provincia ha puesto énfasis en [e]l cambio institucional de la seguridad

pública” y entendió que “la estructura de la seguridad pública tiene que responder a la realidad social, a la capacidad técnica del Cuerpo Policial, a los medios instrumentales y mecánicos, sin excluir la posibilidad de un óptimo funcional operativo a través del tiempo”.

Sagüés define a la seguridad pública como “un derecho a la tranquilidad, esto es, a poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores de los demás derechos constitucionales (como los de libre circulación, propiedad, vida, salud e integridad física, etc.), vale decir, sin sufrir daños o perturbaciones en las personas o en los bienes. Implica el deber del Estado de resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia” (Sagüés Nestor, opus cit. pags.139/144).

De esta manera, para desentrañar la cuestión, lo que debe analizarse es si la ley impugnada es compatible con las directivas constitucionales sobre el derecho a la libertad y su posible restricción -en especial, lo dispuesto por el artículo 65 de la Constitución provincial-, la que debe ser contemplada bajo el estándar de razonabilidad, eje rector de toda reglamentación de derechos (artículo 18 Constitución provincial).

Para una correcta ponderación de los principios en juego, el análisis debe partir de la argumentación constitucional, que lejos está de proyectar preferencias ideológicas o de otro tipo, sino que busca garantizar la eficacia de los derechos humanos y de los principios del Estado de Derecho Constitucional, entendidos como mandatos de optimización en cuanto reclaman la mejor conducta según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas (cfr. Vigo, Rodolfo “El Derecho Judicial en el Estado de Derecho Constitucional y Democrático”, Tratado de Derecho Judicial, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, págs. 5-28).

III.- Principiando el análisis, cabe señalar que la razonabilidad es un patrón de justicia y, en la determinación de ese contenido de justicia, juega un importante rol la existencia de una relación equivalente entre la medida restrictiva del derecho fundamental y la finalidad perseguida por la ley que la justifica. Existen dos tipos de razonabilidad jurídica que se encuentran en la valoración que efectúa el legislador al dictarla: a) de selección y b) de ponderación.

a) En la selección, el análisis de razonabilidad se centra exclusivamente en la formulación del hecho antecedente de la norma y se relaciona directamente con la garantía de “igualdad ante la ley” que se halla incorporada en la Constitución.

Explica Linares que “cada vez que el legislador dicta una ley debe efectuar esa valoración de razonabilidad para determinar el alcance del hecho antecedente, incluir ciertas circunstancias del caso en él y excluir otras siempre que no sean iguales. El excluir éstas significa que, estimados los hechos o circunstancias, unos se incluyen como antecedentes de la norma y otros no, por ser merituados como distintos... Si los hechos son iguales y pese a ello se les imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad de la selección...” (Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, 2 ed. Astrea, 2002, p. 127).

b) En cambio, en la razonabilidad de la ponderación, se exige que en el momento de dictarse una norma, se haga una valoración comparativa de igualdad –es decir de justicia- entre el antecedente y el consecuente. La razonabilidad de la ponderación, denominada también como razonabilidad en la imputación y que en el derecho norteamericano se conoce como “regla del equilibrio conveniente” requiere, entonces, que exista una adecuación entre el medio empleado por la ley y la finalidad perseguida: un equilibrio entre las ventajas que lleva a la comunidad la decisión normativa, con las cargas que le impone.

Tal como refiere la Corte Suprema argentina, la constitucionalidad estaría condicionada, “por una parte, a la circunstancia de que los derechos afectados fueran respetados en su sustancia y, por la otra, a las necesidades y fines

públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas” (Fallos 200:450; 247:121, entre otros).

De estos principios habrá que formular el análisis constitucional requerido.

IV. a).- Así, surge de la redacción del inciso cuestionado que se le otorga a la policía la facultad de “demorar” a la persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documento identificatorio fehaciente.

Tal como se encuentra redactado el artículo, se observa que la norma contempla diferentes supuestos habilitantes para demorar a una persona, prescribiendo la necesidad de que confluyan dos situaciones hipotéticas (antecedente de la norma) frente a las cuales puede procederse a la demora (consecuente).

La primera de ellas, tiene lugar cuando “resulta necesario conocer los antecedentes de una persona en circunstancias que lo justifiquen”, y la segunda se encuentra constituida por tres hipótesis distintas –de las cuales alguna debe estar presente para poder aplicar la consecuencia jurídica-; dos de ellas formuladas como abstenciones del sujeto requerido, consistentes en: 1º) negarse a la identificación o 2º) carecer de documentación acreditante; y la tercera, formulada como conducta positiva del sujeto: 3º) exhibir una documentación que no acredita fehacientemente su identidad.

El anterior articulado mantenía una redacción muy similar al actual, haciendo extensivo el supuesto de “detención” a la “averiguación de los medios de vida” – hoy suprimido- y previendo un plazo máximo de veinticuatro (24) horas para llevar a cabo la tarea.

La nueva normativa se limitó a cambiar el término “detención” por “demora” y agregó dos supuestos que la anterior norma no preveía; esto es, la posibilidad de demorar a alguien cuando “carezca de documentación” o “la misma no constituya documento identificatorio fehaciente”.

La utilización del término “demora” no alteró la sustancia de la medida restrictiva, si se considera que la persona puede llegar a estar “demorada” hasta 18 horas y que ello implica su traslado –seguramente compulsivo- a la sede policial, lo cual importa una detención o restricción a su libertad ambulatoria.

Ahora bien, si confrontamos la normativa impugnada y el texto constitucional local –que informa el ordenamiento jurídico local vigente-, a la luz del principio de razonabilidad ponderativa, surge prima facie la incompatibilidad denunciada.

En efecto, el texto constitucional provincial –al igual que la cimera nacional- postula a la libertad personal como una de las garantías preferidas y, en consecuencia, sólo habilita la detención de una persona una vez sometida a proceso penal o cuando fuere sorprendida in fraganti delito.

Recordemos que el primer párrafo del artículo 65 de la Constitución provincial establece que “nadie puede ser detenido sin que preceda indagación sumaria de la que surja semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo el caso de ser sorprendido in fraganti, circunstancia en que todo delincuente puede ser detenido por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez o de la autoridad policial más próxima.

Tampoco podrá ser constituido nadie en prisión, sino en virtud de orden escrita de juez competente”. En este sentido, la manda constitucional es clara, la detención procede únicamente en esos dos supuestos: flagrancia u orden judicial.

En igual tesitura se inscribe el recientemente reformado Código Procesal Penal de la Provincia (CPPN), al establecer como principio general que “[l]as medidas de coerción sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso y sólo durarán el tiempo imprescindible” (artículo 110).

Allí sólo se autoriza la “aprehensión” -aun sin orden judicial- cuando la persona “es sorprendida en flagrante delito, o si se ha fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención” debiendo, en estos casos, “comunicarse de inmediato al fiscal”; y se reserva la “detención” para los casos en que exista orden escrita, donde el “fiscal podrá ordenar la detención del imputado cuando existan suficientes indicios para sostener, fundadamente, que es autor o partícipe de un delito y exista riesgo de que no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación. La detención no podrá extenderse por más de veinticuatro (24) horas. Si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez. En caso contrario ordenará la libertad. El funcionario a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención y de la autoridad que la dispuso” (artículo 112 CPPN). De los textos citados surge claramente la exigencia constitucional que configura el estándar que cabe aplicar al análisis de razonabilidad de la normativa cuestionada. En clave constitucional la libertad personal es la regla y su restricción o privación, la excepción. Y tan excepcional es su privación que sólo puede acontecer frente a orden escrita de autoridad competente -entendiendo por tal a la autoridad judicial-, ser sorprendido in fraganti delito, o haberse fugado de un establecimiento penal o cualquier otro lugar de detención.

El hecho de que una persona se niegue a identificarse, carezca de documentación o exhiba un documento que no acredite su identidad en forma fehaciente, por sí sólo, no justifican –en términos constitucionales estrictos- una “demora” como la estipulada en la norma impugnada, que no es otra cosa que una privación de la libertad que puede prolongarse por un lapso de tiempo de hasta 18 horas.

IV. b).- Este análisis del precepto que aparece prima facie como inconstitucional, se torna aún más complejo si abordamos la primera hipótesis fáctica contenida en la normativa atacada, esto es “cuando sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen”, en tanto constituye una fórmula abierta que atenta contra la determinación de la conducta debida (principio de legalidad).

Ahora bien, intentemos definir la utilización de los términos “necesidad” y “circunstancias que lo justifiquen”, en tanto fórmula abierta por el legislador, con los supuestos previstos constitucionalmente.

Podría pensarse que las circunstancias justificantes engloban la situación de sorprender a una persona in fraganti, tras lo cual la policía demoraría a la persona por mandato directo constitucional, identificando a la persona, averiguando si existe alguna orden judicial de comparecencia o detención, y poniéndola a disposición del juez inmediatamente.

No obstante, si se analiza detenidamente la redacción, lo cierto es que ello no pareciera ser lo contemplado por la norma comúnmente llamada como “detención por averiguación de antecedentes”, dado que la “necesidad” de averiguar los antecedentes en nada se relaciona con el supuesto de ser sorprendido in fragant.

Es que la averiguación de los antecedentes en el supuesto de flagrancia es innecesaria a los efectos de justificar la detención, puesto que el procedimiento policial se habría originado en la flagrancia misma y no en un delito anterior que hubiera generado una orden judicial de comparecencia o detención.

La siguiente -y última- posibilidad fáctica admitida constitucionalmente que cuadraría en la norma, es la explicitada por el Sr. Fiscal en su dictamen: la causa justificante del procedimiento se identifica con que los agentes policiales “sospechen” que existe una orden judicial de aprehensión sobre la persona y, por ello, procedan a demorarlo para identificarlo y verificar si ello es así, lo que se justificaría directamente en el cumplimiento de una orden emanada anteriormente de la autoridad competente, el juez.

Sin embargo, existe un valladar constitucional que impide concebir a la restricción como intrínsecamente válida.

En efecto, la normativa parte de un paradigma axiológicamente incompatible con los postulados reivindicados por el actual Estado Constitucional y Convencional de Derecho, al fundar la restricción en la existencia de un “estado de sospecha” –propio del Estado Policial- que se extiende sobre toda persona que circule libremente, que deviene contrario al principio de inocencia que surge en forma indubitable del artículo 18 de la CN y 65 de la CP.

Y, es aquí donde cobra relevancia la razonabilidad que habilita a efectuar un juicio ponderativo entre el antecedente de la norma –la restricción al derecho constitucional- y el consecuente – la finalidad perseguida-, en los términos de Juan F. Linares.

Así, si el fin perseguido por el legislador es la prevención del delito, la detención de toda persona que circula libremente a los fines de su identificación para, en el eventual caso de poseer antecedentes delictuales, proceder a su inmediata aprehensión, aparece como una medida a todas luces desproporcionada.

Esto así porque se invierte la pauta constitucional señalada que presume la inocencia hasta tanto se demuestre lo contrario y se la sustituye por la premisa de que “toda persona es sospechosa hasta tanto se conozcan sus antecedentes”.

Es decir, conforme ello la policía tiene la facultad de detener sin orden escrita de autoridad judicial, sin que exista una imputación delictual concreta contra el “demorado”, ni indicios concretos o elementos de convicción suficientes para relacionarlo con la comisión o participación en algún delito o conducta punible por el derecho penal o contravencional, ni denuncia previa o procedimiento judicial preexistente. Basta la mera “sospecha” del personal policial sobre la presunta existencia de antecedentes o requerimiento judicial. La irrazonabilidad de tal proceder se torna más evidente aún si consideramos que todas las garantías y resguardos previstos en el artículo 18 de la Constitución nacional y 65 de la Címera provincial son plenamente aplicables a aquellas personas que se encuentran sometidas a un proceso penal, respecto de quienes rige la presunción de inocencia hasta tanto exista una condena judicial firme pero, absurdamente, son dejadas de lado cuando se trata de resguardar a personas que no han cometido delito, falta o contravención alguna ya que aun así se procede a su “demora” – o detención- con el único objetivo de establecer su identidad o indagar si posee antecedentes penales.

Incluso cuando la normativa exija que en todos los casos, la demora –que, como vimos constituye una verdadera detención- sea precedida de una “orden” que debe provenir de “personal superior de la institución”, ello no logra superar el estándar constitucional de “orden escrita de autoridad competente”, entendiéndose por tal a la autoridad judicial (artículo 18 de la CN) y mucho menos el parámetro contenido en nuestra Carta Magna local que exige una previa “indagación sumaria de la que surja semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal” (artículo 65 CP).

IV. c).- Al llegar a este punto, cabe preguntarse si frente a un mandato constitucional en materia de aprehensiones, que es claro y taxativo, ¿puede una norma reglamentaria como la impugnada, con una fórmula abierta que da lugar a diversas interpretaciones

–algunas constitucionales, otras no-, superar un test de razonabilidad acorde a las exigencias del derecho a la libertad involucrado y a los estándares internacionales en la materia?

Si bien, como premisa, el control de constitucionalidad exige hacer los esfuerzos interpretativos a favor de la adecuación constitucional de la norma, no puede desconocerse que la técnica utilizada por el legislador deja abierto un margen de arbitrariedad para la aplicación de la normativa, que no puede ser convalidado en atención a la supremacía del derecho fundamental involucrado,

que cuenta con un mandato constitucional en materia de detenciones que es directamente operativo.

Debe insistirse en que la reglamentación de la ley no refiere a un acotado ámbito de ejercicio de la libertad de las personas, sino que afecta el núcleo esencial del derecho en cuestión.

Es decir, la norma no interfiere con la libertad ambulatoria por un breve periodo de tiempo ocasionando una simple demora de las personas en el lugar donde se encuentren. Tampoco delimita la libertad de locomoción por razones de seguridad o salubridad como podría ser la prohibición de circular por lugares determinados en atención a la salud o a la seguridad de la propia población.

Por el contrario, afecta el núcleo esencial del derecho a la libertad, permitiendo el traslado -evidentemente forzoso- del sujeto y la privación total de su libertad personal por un lapso de tiempo prolongado -18 horas-.

Ello conlleva el ejercicio de una facultad discrecional, cuya razonabilidad está exenta del control judicial en tanto no está previsto que el "demorado" sea puesto a disposición de un magistrado, garantía ineludible de que gozan las personas imputadas de un delito que sean detenidas por orden del fiscal competente.

No se descarta tampoco que el ejercicio de esta facultad tal como se encuentra reglamentada importe, en los hechos, la vulneración del principio de igualdad – como lo refiere el accionante-, constituido por la detención arbitraria de determinadas personas que evidencien frente al único criterio del funcionario policial, un "estado de sospecha" más relevante que otras –basado en su vestimenta, condición social, lugar de residencia, nacionalidad, lugar y horario donde se encuentra transitando, etc.-, que avale su detención a los fines de indagar si tiene antecedentes penales.

Asimismo, desde un enfoque técnico-social, analizando la normativa como un instrumento eficaz para lograr la mayor aprehensión de personas con antecedentes delictuales, no aparece como eficiente la medida de detención o demora así regulada, desde que las fuerzas de seguridad deberían dedicar sus esfuerzos a la averiguación de los antecedentes de todas las personas que circulan libremente, distrayendo recursos indispensables para la búsqueda de aquellas que, estando efectivamente sometidas a un proceso penal, tienen orden de captura o requerimiento judicial.

En definitiva, la seguridad pública como valor social perseguido por el legislador, no puede descansar en el avasallamiento de los derechos y libertades de los ciudadanos/as, sino que debe centrarse en la formulación de políticas públicas que disminuyan la violencia y estimulen al cumplimiento del pacto social de convivencia.

Luego, el gran margen de arbitrariedad que la norma habilita no encuentra asidero en nuestro Estado Constitucional y Convencional de Derecho puesto que, en materia de libertad personal, si el esfuerzo interpretativo para la adecuación de la norma exige grandes elucubraciones, evidentemente, merece ser sustituida.

V.- A fin de agotar las posibles vías de análisis constitucional, en un último esfuerzo exegético de orden técnico-social, cabe conjeturar sobre la posibilidad de realizar una interpretación aditiva y obligatoria que permita que las causas justificantes que menciona la norma se refieran, única y exclusivamente, a la situación de sospecha del agente policial respecto a que, sobre la persona retenida, existe una orden judicial de detención, y la demora se encamina a verificar si esa sospecha -fundada en datos objetivos que el agente explicitaría en el procedimiento- encuentra parangón en los registros consultados al efecto. Así las cosas, la primera parte del inciso impugnado, ¿resulta razonable? En otras palabras, más allá de la finalidad constitucional de la norma reglamentaria –garantizar la seguridad pública- ¿es necesario privar a alguien de su libertad siguiendo la modalidad de la norma cuestionada, para garantizar la seguridad pública?; y, más concretamente, ¿es necesario

“demorar” y trasladar a un establecimiento policial por el término de hasta 18 horas, a una persona sobre la cual el agente policial sospecha que recae una orden judicial de privación de la libertad, para corroborar si esa sospecha es acertada? Como se advierte, la respuesta es negativa.

Actualmente, a más de 20 años de la sanción de la norma, dado los avances tecnológicos que se encuentran al servicio de la evolución de la sociedad, existen soluciones menos gravosas que la demora por hasta 18 horas para investigar si una persona tiene antecedentes por los cuales deba procederse a su detención. Evidentemente, existe una falta de equilibrio conveniente entre la medida restrictiva del derecho – demora por hasta 18 horas- con la finalidad de la normativa -corroborar una mera sospecha del agente policial, a la cual no se le exigen fundamentos objetivos y concretos, de que pudiera existir una orden judicial de detención-.

Profundizando aún más el análisis, ¿es razonable la afectación del núcleo esencial del derecho a la libertad en orden a garantizar la seguridad pública? o, ¿el Estado debe y puede garantizar la seguridad pública con medios que se armonicen con los demás derechos constitucionales?

La respuesta a estos interrogantes por parte de este Tribunal Constitucional, en ejercicio de uno de los más delicados roles que le han sido asignados, lleva a concluir que la norma, tal como se encuentra redactada, no supera el test de razonabilidad (artículo 18 CP).

Ahora bien, la determinación del medio restrictivo del derecho que permita la mejor adecuación constitucional y convencional posible para la armonización de los derechos en juego, es tarea del legislador.

Por ello, en este aspecto se comparte el voto mayoritario, en cuanto observa que “si bien resulta loable la tarea del Sr. Fiscal en tanto que ofrece una interpretación de la norma que entiende compatible con la Constitución provincial, el pormenorizado detalle de los pasos interpretativos y adicionales a seguir señalados en el dictamen, no hace más que demostrar que el texto normativo debe ser profundamente analizado y modificado para su adecuación constitucional.

Es que no se trata de una mera interpretación que acompañe el texto normativo para una comprensión clara que permita armonizar la voluntad del legislador, con la literalidad del artículo y la realidad jurídica actual. Lo que propone el Sr. Fiscal es una verdadera creación normativa, distinta a la impugnada.

Al respecto, se ha dicho que en materia de control judicial de constitucionalidad “no le toca al juez indicar cuál es la mejor respuesta que debió adoptar ese legislador, sino solamente averiguar si la escogida por él se encuentra dentro del marco de opciones constitucionales posibles” (Sagüés Néstor Pedro, “El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial”, p. 37, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005).

Adviértase, además, que la normativa refiere no menos que a una temática tan compleja y controvertida, como lo son las facultades de las fuerzas de seguridad provinciales en materia de prevención del delito, lo que debe insertarse en un programa de políticas públicas, y cuyo amplio debate requiere de un consenso social”, pues el bien jurídico protegido es supremo (la libertad ambulatoria).

VI.- Llegados a este punto, resulta prudente poner de resalto que en el examen de las consecuencias del análisis desarrollado que llevan a la abrogación de la norma, se ha sopesado que las fuerzas de seguridad policiales cuentan actualmente con diferentes herramientas que le permiten seguir ejerciendo sus funciones de prevención y como auxiliar de la justicia.

Vale citar, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 2081 que menciona la facultad de la policía, en su función de auxiliar de la justicia, de proceder a la detención de personas respecto de quienes exista auto de prisión u orden de detención o comparendo dictados por autoridad competente, así como también lo establecido por el artículo 111 del Código Procesal Penal ya mencionado, que

dispone que los funcionarios policiales y los particulares podrán aprehender a una persona, aun sin orden judicial, si es sorprendida en flagrante delito, o si se ha fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención. Asimismo, debe hacerse notar que de nada serviría convalidar herramientas de dudosa constitucionalidad si luego, en los casos concretos, las aprehensiones derivadas de esos procedimientos policiales son nulificadas en un eventual control judicial posterior.

VII.- La conclusión a la que se ha arribado, no pretende significar que la normativa impugnada haya sufrido una incompatibilidad constitucional abstracta desde su origen, dado que, como es sabido, el derecho y su interpretación no tienen un carácter estático, sino dinámico.

Todas las leyes, incluso la Constitución, se dictan en un contexto temporal, que si bien están llamados a supervivir, dotan a la normativa de un origen y un marco específico. Frente a un texto literalmente estático que se inserta en una realidad dinámica, resulta fundamental la interpretación jurisprudencial de las leyes y la Constitución a través del tiempo, en tanto que permiten adecuar el derecho positivo a la realidad jurídica actual, buscando siempre la protección del bien jurídico que subyace y permitiendo la debida armonización de la seguridad jurídica con la adaptación temporánea que corresponda, a los fines de que la letra de la ley no se torne obsoleta y logre cumplir con su finalidad a lo largo del tiempo.

Ello da cuenta de la ardua tarea de los/las legisladores/as, quienes deben utilizar una minuciosa y estudiada técnica legislativa. La redacción normativa no resulta sencilla, puesto que el/la legislador/a debe prever que la norma exprese puntualmente su finalidad y sus límites, de manera suficientemente clara para el/la intérprete e impidiendo que la letra de la norma pueda ser desnaturalizada en su aplicación; pero, a su vez, con fórmulas lo suficientemente abiertas que admitan que su sentido no se frustre por el paso del tiempo.

Sin perjuicio de observarse diligentemente lo anterior, puede suceder que la ley igual pierda su virtualidad ante la realidad jurídica actual que, obviamente, no coincide con el contexto temporal de su sanción. Debe hacerse notar que los estándares en la materia, en especial los internacionales, evolucionan exigiendo máximas pro homine, los que junto a los avances tecnológicos actuales, pueden llevar a que una metodología que se entendía razonable en aquel entonces, hoy quede superada por la realidad, deviniendo insatisfactoria e irrazonable.

No cabe olvidar que el principio de progresividad -o de no regresión- constituye un basamento arquitectónico de los derechos humanos cuya observancia veda la posibilidad de adoptar medidas injustificadas que sean regresivas en la protección de los derechos en general, a la vez que constituye un estándar para el/la intérprete constitucional que no puede ser soslayado frente al anacronismo reglamentario.

En este contexto se inscriben las Reglas de Brasilia -aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008 y a las que adhirió este Poder Judicial mediante Acuerdo nº 4612/2010, punto 19 -que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna.

A la luz de estos preceptos se advierte el contraste con aquellas reglamentaciones que habilitan prácticas policiales que pueden afectar especialmente a los/las más vulnerables (por ejemplo, favoreciendo discriminaciones en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales) o que, frente a la demora -o detención- de éstos, no contemplan la puesta a disposición de una autoridad judicial que vele por sus derechos.

El escenario que aquí se plantea ha merecido especial atención en otros ordenamientos jurídicos -tanto a nivel federal como internacional- donde se ha

intentado mitigar la actuación policial y potenciar la defensa de los derechos de las/los más vulnerables mediante la adopción de determinados protocolos de actuación. A modo de ejemplo, vale citar la Guía Práctica para los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación para prevenir la violencia institucional, la Guía de Intervención policial para personas con discapacidad del Gobierno de España y la adhesión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros Poderes Judiciales a las Reglas de Brasilia.

(cfr. <https://www.mpf.gob.ar/procurvin/files/2020/07/PROCUV>

IN_DOVIC_Guia-de-testimoniales-v4.pdf; h

<http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201295/GuiaI>

ntervenci%C3%B3nPolicialPDIversi%C3%B3nweb.pdf/806b2414-

8c6b-483a-a928-434daf3d5dc3;

https://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_0509.pdf

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCord>

oba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre

%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf, respectivamente).

VIII.- Finalmente, es importante señalar que el Poder Judicial, en su función de juez constitucional, realiza asimismo el control de convencionalidad.

No puede desconocerse en el tópic, el caso “Torres Millacura y otros vs.

Argentina”, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la

Ley Orgánica Policial de la Provincia de Chubut, que disponía -en casi

idénticos términos que la aquí impugnada- que “para el ejercicio de la función

de policía de seguridad determinada en el [...] capítulo [tercero la policía de

la Provincia del Chubut] podrá: [...] b) Demorar a la persona, que sea necesario

conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue

a identificar, carezca de documentación o que la misma no constituya un

documento identificatorio fehaciente, dando cuenta inmediata al juez de

instrucción en turno. En todos los casos la orden provendrá del personal

Superior de la Institución y no podrá exceder las DIEZ (10) horas, debiendo

asentarse en los registros policiales habilitados al efecto. La demora no podrá

prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objetivo de

la medida. Al demorado, se le hará saber el derecho que le asiste de notificar

a un familiar o persona de su confianza, e informarle de su situación [...]”.

Resulta imperioso transcribir algunas consideraciones al respecto.

La Corte Interamericana expresó en esa oportunidad que “la Convención ha

consagrado como principal garantía de la libertad y la seguridad individual la

prohibición de la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. La Corte ha

manifestado que el Estado, en relación con la detención ilegal, “si bien [...]

tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden

público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de

aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos

fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”.

“Así es que con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el

Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y

regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la

presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte

observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción

con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales

amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera

un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la

integridad personal y, en algunos casos, la vida”.

Continúa diciendo que “[e]l artículo 7 de la Convención consagra garantías que

representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del

Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de

los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las

garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un

carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los

principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

“Al respecto, la Corte ya ha establecido que el artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6). Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma.” Particularmente, el artículo 7.2 de la Convención establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.”

Ese Tribunal consideró pertinente “recordar que el artículo 7 de la Convención Americana protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En tal sentido, para los efectos del artículo 7 de la Convención, una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención.”

“Por otra parte, el artículo 7.3 de la Convención Americana establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Sobre esta disposición la Corte ha establecido en otras oportunidades que: nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”

“De lo anterior se desprende, junto con lo señalado sobre la reserva de ley (supra párr. 74), que una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3 de la Convención.”

Luego de reseñar que “durante la audiencia pública la perita Sofía Tiscornia refirió que la existencia de normas tanto en las leyes orgánicas de la policía como en los códigos contravencionales “legitiman de una manera imprecisa y vaga [la facultad policial...] de detener personas para fines de identificación [...] de esta manera, “el arbitrio de la policía [se torna] sumamente amplio”, la Corte sentenció que al no establecer causas concretas por las cuales una persona podía ser privada de su libertad, el artículo 10, inciso b) de la Ley 815, permitió a los policías de la Provincia del Chubut interferir con la libertad física de las personas de forma imprevisible y, por lo tanto, arbitraria. Consecuentemente, la Corte consideró que dicha disposición fue contraria a los artículos 7.3 y 2 de la Convención Americana.

IX.- Por todo ello, entonces, propicio hacer lugar a la demanda. Las costas, en tanto no se encuentran motivos para apartarse del principio general contenido en el artículo 68 del CPCyC (de aplicación supletoria) deberán ser soportadas

por la parte demandada vencida. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por mayoría, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad articulada por el señor Fernando Luis Diez contra la Provincia del Neuquén y declarar la inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 en la parte que dice: "cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documento identificatorio fehaciente. En todos los casos la orden provendrá de personal superior de la institución y no podrá exceder de dieciocho (18) horas, debiendo asentarse el ingreso en los registros policiales. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objeto de la medida. Al demorado se le hará saber que puede comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación;" todo ello con el alcance del artículo 16 in fine de la Constitución nacional. 2º) A partir de la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial, el inciso b) del artículo 9 de la Ley 2081 quedará redactado de la siguiente forma: "b) Demorar a la persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen." 3º) Comuníquese la presente sentencia a la Legislatura provincial y al Poder Ejecutivo, 4º) Imponer las costas en el orden causado (cfr. artículo 68, segunda parte, del CPCyC, de aplicación supletoria según Ley 2130) 5º) Regístrese, notifíquese, publíquese en el Boletín Oficial de la Provincia de Neuquén y, oportunamente, archívese.

Dr. ROBERTO GERMAN BUSAMIA
Presidente

Dr. EVALDO DARIO MOYA Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE

VocalVocal

Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI
Vocal
(en disidencia parcial)

Dra. MARIA GUADALUPE LOSADA
Subsecretaría