

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEO
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
NADIA ESPINA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

El ejercicio ilegal del arte de curar en el anteproyecto de Código Penal de la Nación
Por **Mauricio Ernesto Macagno** 3

Perspectivas sobre la admisibilidad de pruebas neurocientíficas en el derecho penal argentino
Por **Amanda Bernztein** 9

NOTA A FALLO

Estafa: absolución por negligencia del sujeto pasivo
Por **María Lina Carrera** 16

DEFRAUDACIÓN / Estafa. Apariencia de crédito. Presentación al cobro de un cheque al portador hallado en la vía pública. Imputado que lo endosó y cobró sin simular su identidad. Absolución (CNCas. Crim. y Correc.) 16

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

El recurso de casación en perspectiva histórica frente al doble conforme
Por **Pablo L. Tello** 29

Acceso procesal a datos alojados en el proveedor de servicios de telecomunicaciones (TSP) según la ordenanza procesal penal alemana (Ref. esp. §100g StPO)
Por **Nicolás Rolón** 37

NOTA A FALLO

¿*Testis unus testis nullus*? Su especial consideración en los llamados “delitos de alcoba”
Por **Ricardo A. Grisetti y Ricardo A. Grisetti (h.)**..... 55

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL / *Fellatio in ore*. Interpretación del art. 119, tercer párrafo, del Código Penal. Acceso carnal “por cualquier vía”. Declaración de la víctima (TOral Crim. Nro. 4) 55

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

La fuerza del discurso en la conminación penal (acerca de la corrupción de menores)
Por **David Sosa Dopazo y Alejandro C. Toledo**..... 103

Actividad restaurativa
Por **José Deym** 114

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

Facultades policiales amplias y Estado de Derecho
Por **Pablo Larsen y Adrián Norberto Martín**..... 129

IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS AL AZAR / Facultades en la prevención del delito y mantenimiento del orden público. Policía federal. Decreto 333/1958 y decreto reglamentario 6580/58. Facultades implícitas. Lugares catalogados como “sensibles”. Pautas de razonabilidad y no afectación de derechos constitucionales (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires)..... 129

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

Requisitos de procedencia de la libertad condicional (art. 13 C.P.). Análisis de coherencia
Por **Gustavo Ariel Fernández**..... 159

NOTA A FALLO

El principio de proporcionalidad y las penas vitalicias
Por **Ricardo S. Favarotto**..... 171

PENA DE PRISIÓN / Imposición de una pena de treinta y cinco años. Imputado autor de un concurso material de dieciséis delitos. Abuso sexual con acceso carnal. Consideración de la crueldad demostrada al momento de delinquir (TCrim. Nro. 4, Mar del Plata)..... 171

DERECHOS HUMANOS

DOCTRINA

- Selectividad y vulnerabilidad en el extranjero
Por **Tomás Puppio Zubiría** 197

PENAL ECONÓMICO

DOCTRINA

- Funciones y problemas del *compliance* en la teoría de la imputación penal de las personas jurídicas
Por **Stalin Raza Castañeda** 209
- El delito de lavado de dinero y el fútbol
Por **Mariano Cúneo Libarona** 231

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

DOCTRINA

- Recuerdos de Massimo
Por **Iñaki Rivera Beiras** 267

BIBLIOGRAFÍA

- Roberto Pettinato. Historia de un penitenciario, por **Adrián Grünberg**. Comentado por **Eugenio Raúl Zaffaroni** 275

IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS AL AZAR

Facultades en la prevención del delito y mantenimiento del orden público. Policía federal. Decreto 333/1958 y decreto reglamentario 6580/58. Facultades implícitas. Lugares catalogados como “sensibles”. Pautas de razonabilidad y no afectación de derechos constitucionales.

Hechos: A raíz de un operativo de seguridad preventivo en una estación de ferrocarril, efectivos de la Policía Federal interceptaron a una

persona y le solicitaron su documento. Este manifestó tener un arma, que se encontraba cargada. A su tiempo, fue declarada la nulidad del procedimiento policial, y de todo lo actuado en consecuencia por entender que el agente no se encontraba autorizado a impedir la libre circulación —aunque fuese por un tiempo mínimo— y de exigir la exhibición de documentación si no cuenta con un motivo válido para hacerlo. Interpuesto recurso de inconstitucionalidad y la queja ante su denegación, el Tribunal Superior de la Ciudad dejó sin efecto la decisión.

1. — La solicitud de documentos en la vía pública a las personas en ejercicio de controles generales por parte de la Policía Federal, constituye una de las facultades implícitas a que se refiere

Facultades policiales amplias y Estado de Derecho

POR PABLO LARSEN y
ADRIÁN NORBERTO MARTÍN

Sumario: I. Introducción. — II. ¿Es la exigencia de identificarse una privación de libertad? — III. El principio de legalidad penal y las “facultades implícitas” de la policía. — IV. Su inconstitucionalidad aun cuando se encuentre expresamente prevista en una ley. — V. Controles poblacionales y positivismo criminológico. — VI. Algo más sobre seguridad ciudadana y derechos fundamentales. — VII. De lo novedoso del azar y las facultades implícitas, a los conocidos “nerviosismo” y “declaraciones espontáneas”. — VIII. Las implicancias del fallo en la nueva situación de la agencia policial en la Ciudad de Buenos Aires. — IX. Conclusiones.

“La Ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan” (Anatole France)

I. Introducción

En una sentencia reciente (1), el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —de aquí en adelante, TSJ— tuvo la oportunidad de analizar si la conocida práctica de la policía de exigir a las personas que exhiban su documentación sin que existan motivos que lo justifiquen se ajusta a las previsiones de nuestra Constitución Nacional.

El caso que motivó dicho pronunciamiento se originó en el marco de un procedimiento de identificación de personas “al azar” llevado adelante por la policía en una estación de ferrocarriles, generado —según sostuvieron quienes lo realizaron— a raíz de diferentes reclamos realizados por una empresa ferroviaria y por los usuarios respecto del consumo de estupefacientes y de la presunta comisión de distintos hechos delictivos en la zona. De acuerdo con las declaraciones de los policías que intervinieron, una de las personas que circulaba por el lugar, luego de ser interceptada para que exhibiera sus documentos, comenzó a “demostrar cierto nerviosismo” y “manifestó, de forma espontánea, que tenía un arma de fuego en la cintura”.

El juez que intervino en la causa resolvió disponer la nulidad de todo lo actuado por enten-

(1) Expte. 11835/15, “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sur de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Vera, Lucas A. s/infr. art. 85, CC”, sent. del 23/12/2015 (disponible en <http://www.tsjbaires.gov.ar/images/stories/11835.pdf>).

los arts. 3 inc. 1, 4 inc. 1 del decreto 333/1958 y art. 94 del decreto reglamentario 6580/58, en tanto puede considerársela como emanada del poder de policía del Estado y lícita mientras se la ejercite razonablemente —art. 96— (del voto de la Dra. Weinberg).

2. — Si la Policía Federal interrumpió la libre circulación de una persona por el tiempo estrictamente necesario para solicitarle que exhibiera su documentación personal y su detención posterior no estuvo relacionada con el pedido de identificación sino que el encausado se puso nervioso y manifestó espontáneamente que tenía un arma de fuego en su poder, el mero procedimiento de identificación al azar se convirtió en una requisita personal y en una detención en flagrancia que no es nula (del voto de la Dra. Weinberg).
3. — Para que la medida consistente en solicitar la exhibición del documento de identidad a transeúntes resulte legítima debe cumplir con la finalidad para cuya consecución acuerda el legislador competencias a la Policía Federal, tales como la de prevención del delito o la

de llevar un registro de vecindad, u otras que pudieran extraerse de la ley, pero velando por las garantías constitucionales y las emanadas de convenciones internacionales; es decir, no debe discriminar, no debe asumir solapadamente criterios de sospecha por notas de las personas que harían odiosa una distinción —color de la tez, nivel económico revelado por la indumentaria, juventud, género— y no debe ser injustificadamente invasiva (del voto del Dr. Lozano).

4. — El reconocimiento de la facultad implícitas de requerir el documento a transeúntes en cabeza de las fuerzas de seguridad en modo alguno importa habilitar que sus agentes se encuentren autorizados, en cualquier caso, a indagar la identidad de los habitantes; la potestad debe sujetarse a determinadas limitaciones que garanticen su ejercicio razonable, esto es el fin perseguido de prevención del delito y mantenimiento del orden público, determinar si la invasión en el derecho de libertad ha sido proporcional con el objetivo perseguido fue excesiva y asegurar que la injerencia estatal no haya redundado en la afectación de otra

der que “la policía no se encuentra autorizada a impedir la libre circulación, aunque fuese por un tiempo mínimo, ni a exigir la exhibición de documentación si no cuenta con un motivo válido para hacerlo”, e idéntico temperamento tuvo la sala II de la Cámara de Apelaciones al confirmar dicho pronunciamiento, sosteniendo que la exigencia de exhibir la documentación “constituye una privación de la libertad ambulatoria, aunque sea breve” y que, por esa misma razón, sólo podría realizarse cuando mediara un supuesto de sospecha (algo que, en el caso analizado, no se cumplió por tratarse de un procedimiento realizado “al azar”).

La decisión del TSJ, por mayoría (2), se inclinó por revocar la sentencia de la Cámara y entender que las mencionadas facultades policiales son compatibles con las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación nos proponemos analizar los argumentos que fueron utilizados por los integrantes del TSJ para respaldar esa decisión y de-

mostrar por qué motivos ellos se encuentran en una insalvable contradicción con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos incorporados a ella (3), así como también respecto de los estándares que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido en la materia (4). Trataremos de brindar, además, algunas

(3) En tanto incluyen en sus textos una fuerte protección del derecho a la libertad personal, tal como se ve en los arts. 14 y 18 de la CN y, por vía de su art. 75, inc. 22, en la CADH (art. 7), la DUDH (arts. 9 y 13.1), la DADH (art. 25) y el PIDCP (art. 9).

(4) Al respecto, cabe recordar que los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH poseen carácter vinculante tanto desde su propia perspectiva como desde la adoptada por la CS, en tanto interpretan el articulado de la CADH. Una muestra de esta postura puede verse en la sent. del la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano y otros c. Chile”, del 26/9/2006, párr. 124; y en el fallo de la CS en “Giroldi, Horacio D. y otro” del 7/4/1995, considerandos 11 y 12. También es necesario destacar que en reiteradas ocasiones el mismo TSJ de CABA ha fundamentado sus decisiones en los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos, tal como sucedió, por ejemplo, en los casos “Newbery Greve, Guillermo E.”, expte. 8796/12 y “Taranco, Juan J.”, expte. 9510/13, entre otros.

(2) Compuesta por las juezas Weinberg y Conde, y los jueces Lozano y Casás. La jueza Ruiz votó en disidencia, pero limitándose a desestimar el recurso por razones formales.

garantía constitucional, descartando parámetros discriminatorios, en contradicción con el principio de igualdad (del voto del Dr. Casás).

5. — El control poblacional más exhaustivo y/o de identificación de personas al azar, realizado por el funcionario de la Policía Federal Argentina estaría, prima facie, justificado si se habría llevado adelante mientras aquel se encontraba desarrollando tareas de prevención, vigilancia o custodia de un lugar determinado, que podría ser calificado como “sensible” —interior de la estación ferroviaria—, en el cual, existieron reclamos por parte de los usuarios y de la propia empresa de transporte con respecto a numerosos hechos ilícitos (del voto de la Dra. Conde).
6. — La circunstancia de que una autoridad de prevención lleve adelante procedimientos identificatorios de personas al azar en lugares públicos o de acceso público —también denominados “control poblacional”— no es, per se, violatorio de ninguna garantía constitucional, siempre que esa identificación encuentre apoyatura en la consecución de las funciones que

le resultan inherentes para el mantenimiento del orden público y se argumente en condiciones razonables y proporcionales que no resulten contrarias a los derechos garantizados en la Constitución Nacional, o en la Constitución de la Ciudad, ni suponga un trato discriminatorio, desigual o arbitrario para las personas de manera tal que no las coloque en situaciones de inferioridad o indefensión, respecto de otras personas que circulen libremente por el lugar (del voto de la Dra. Conde).

7. — La facultad de requerir la identificación de las personas, en lugares públicos o de acceso público, por parte de la autoridad policial no exige la concurrencia de circunstancias sospechosas o indiciarias acerca de la hipotética comisión de un ilícito que deba ser conjurado, sino que esa facultad razonablemente se justifica en la propia función de prevención y disuasión que les concierne como funcionarios públicos encargados de hacer cumplir las leyes y de velar por una convivencia pacífica de todas las personas que transitan libremente por estos lugares (del voto de la Dra. Conde).

reflexiones en torno a lo alarmante que resulta que este tipo de prácticas sean convalidadas por los tribunales superiores —más aún si entendemos que éstos deberían ser, en el marco de un sistema que privilegia el control judicial de constitucionalidad, los “últimos guardianes de los derechos fundamentales” (5)—, así como también respecto a las graves consecuencias que ello puede proyectar hacia la vida cotidiana de una gran parte de la población.

II. ¿Es la exigencia de identificarse una privación de libertad?

Al acercarse al análisis de la facultad policial de interceptar a una persona en la vía pública y exigirle que se identifique, existe una cuestión que debe ser atendida en primer lugar y cuya respuesta en uno u otro sentido condiciona el

tratamiento que pueda realizarse del tema. Ella se vincula, específicamente, con uno de los principales argumentos que empleó el TSJ para respaldar su decisión, el cual consistió en entender que la afectación a la libertad ambulatoria de las personas que puede representar esta práctica es tan “nimia” o “insignificante” que no configuraría una privación de libertad y, por ende, quedaría fuera de la protección que tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales prevén para estos casos. Siguiendo esa línea, los integrantes del TSJ sostuvieron:

“Esa breve interrupción en la libertad de circulación no configura una privación de libertad en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional —en cuanto refiere al ‘arresto’—” (consid. 6 del voto de la jueza Weinberg).

“La injerencia estatal en el ámbito de libertad de una persona que importa su arresto resulta significativamente mayor a la que se deriva de la sola interrupción de su marcha a los efectos de solicitar su identificación. En definitiva, lo decidido por la Cámara importó equiparar, sin razones suficientes, estándares de motivación aplicables a situaciones desiguales” (consid. 3 del voto del juez Casás).

(5) De no ser así, perdería legitimidad uno de los principales argumentos que históricamente se han esgrimido al momento de realizar la difícil tarea de justificar por qué el control de constitucionalidad debe quedar en manos del menos democrático de los tres poderes de una República. Sobre ello, ver GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996, ps. 228-265.

8. — El genuino control que, en determinados lugares, ejerce la autoridad de prevención con fines disuasorios, a fin de resguardar en mayor medida las legítimas expectativas de seguridad que la población deposita en ella, no puede ser tildado en abstracto de espurio e insostenible, bajo el argumento de que aquel limitaría de una manera poco significativa la circulación de los ciudadanos o su intimidad; máxime, cuando se trata es de la mera exhibición del documento público que toda persona de existencia visible que se domicilie en el territorio argentino —o bien que sea argentina sea cual fuere el lugar en donde se domiciliar— legalmente debe tramitar e incluso presentar en cualquier circunstancia en que resulte necesario acreditar, fehacientemente, la identidad para el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones —ley 17.671— (del voto de la Dra. Conde).
9. — La queja debe ser rechazada si no constituye una crítica sólida destinada a rebatir los desarrollos del juzgador al denegar el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto contra la declaración de nulidad de del procedimiento de la Policía Federal de identificación de transeúntes al azar (del voto en disidencia de la Dra. Ruiz).

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23/12/2015.
- Vera, Lucas Abel s/ infr. art. 85, CC.

[Cita on line: AR/JUR/63930/2015]

Buenos Aires, diciembre 23 de 2015.

Resulta: 1. El Sr. Fiscal a cargo de la Unidad Fiscal Sur interpuso recurso de queja (fs. 110/113) contra el auto de fs. 106/108 que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 95/99.

Este último remedio procesal estaba dirigido contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones que confirmó la nulidad del procedimiento policial, y de todo lo actuado en consecuencia, dispuesta por el juez de la causa, por entender que la policía no se encuentra autorizada a “impedir la libre circulación —aunque fuese por un tiempo mínimo— y de exigir la exhibición de documentación [...] si no cuenta con un motivo válido para hacerlo” (fs. 92/94).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la fiscalía denunció que la decisión de la Cámara —que consideró equiparable a una sentencia definitiva porque

“Se ha dicho, con un criterio que suscribo, que ‘constituye un exceso contrario a la buena fe del lenguaje decir que una persona interceptada en la vía pública por la autoridad [policial] para que acredite su identidad ha sido ‘arrestada’ o ‘privada de su libertad’ pues ‘ninguna persona interpretaría que, en esas condiciones, ha sido arrestada o detenida; del mismo modo (...) que cuando [el art. 18 de] la Constitución Nacional declara que ‘nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita (...)’, no está diciendo que tal orden sea necesaria para que la policía pueda preguntar a una persona por las señas que permitan determinar su identidad. (...) En todo caso, serán las circunstancias que rodean a la indagación misma, en particular, los medios y el modo elegido (...) de llevarla a cabo, los que permitirán resolver sobre su calificación como ‘privación de libertad’. Ello es así, toda vez que una ‘mera interceptación fugaz en la vía pública no constituye un arresto o detención, en los términos de los arts. 18 C.N., o una privación de la libertad en los de los arts. 7° C.A.D.H. y 9° P.I.D.C. y P., bajo dos condiciones: de que no pase de una simple interrupción momentánea de la circulación y [también] de que la persona requerida para identificarse tenga la libertad [de] irse una vez

que lo haya hecho’ (Luis M. GARCÍA, ‘Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para la identificación de personas. Los claros oscuros del caso Tumbeiro,’ publicado en LL, t. 2003-A, págs. 470 y siguientes)” (párr. 7 del voto de la jueza Conde).

Frente a ello, es conveniente comenzar el análisis determinando la naturaleza misma de este tipo de medidas, con independencia de la denominación que los jueces o los autores puedan otorgarles.

Materialmente, la protección de la libertad ambulatoria presupone la posibilidad de que una persona posea plena autodeterminación para permanecer en un determinado lugar o retirarse de él, algo que se vería afectado si otras personas le imponen restricciones que vayan más allá de su voluntad. Tal como lo destaca incluso el autor citado por una de las integrantes del TSJ para fundar su decisión, “no necesariamente se requiere el uso de la fuerza física como condición necesaria para determinar si existe o no una privación de la libertad: basta con que se verifique una cierta coerción psicológica que haga generar en la persona la impresión de que

impediría al MPF continuar con la investigación al no existir un cauce independiente para hacerlo— había efectuado una interpretación arbitraria de la garantía de no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente (art. 18, CN) “al punto de prohibir un[a] mínima injerencia como la solicitud de documentación personal a meros fines identificatorios por parte de la prevención”. Alegó afectación a los principios de legalidad, debido proceso y acusatorio.

3. La Sala II declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad por falta de sentencia definitiva y ausencia de caso constitucional.

4. Al tomar intervención en este proceso, el Fiscal General Adjunto solicitó que se hiciera lugar a los recursos interpuestos por la Fiscalía de Cámara y se declarara la nulidad de las decisiones judiciales (fs. 117/119).

Fundamentos:

La juez *Inés M. Weinberg* dijo:

1. La queja fue presentada ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33, ley n° 402) y contiene una crítica concreta de la resolución apelada.

no se puede ir, pues si lo intenta será retenida por la fuerza” (6).

Basta con imaginar una situación de la vida cotidiana para demostrar las consecuencias prácticas de este tipo de medidas: si una persona que es interceptada en la vía pública por un policía con el objetivo de ser identificada tuviera la posibilidad de negarse a ello sin mayores dificultades, resulta claro que la medida no podría ser llevada a cabo prácticamente en ninguna ocasión. Este dato permite advertir que se trata de una práctica que implica en sí misma un grado de coerción que disminuye la autodeterminación de la persona que la sufre.

De acuerdo con lo anterior, si entendemos la protección de la libertad ambulatoria en un sentido robusto, resulta indudable que nos encontramos frente a una privación de libertad, y el hecho de que ella no revista una determinada gravedad o seriedad —lo cual no es necesaria-

Los pronunciamientos que decretan nulidades procesales no constituyen, en principio, sentencia definitiva. Sin embargo, “...corresponde hacer excepción a esa regla [cuando] sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, se han dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal...” (CSJN, Fallos 330:4909).

La sentencia recurrida efectúa una interpretación que se aparta de las reglas del debido proceso, al exigir un requisito no previsto legalmente para que la policía pueda solicitar la identificación de una persona en la vía pública.

Por lo tanto, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte Suprema, no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido y debe ser dejada sin efecto.

2. Los jueces de Cámara resolvieron confirmar la nulidad del procedimiento de identificación del imputado y de todo lo obrado en consecuencia.

Argumentaron que la policía no tenía facultades para interceptar al señor Vera en la Estación Constitución con fines de identificación, porque ese proceder

mente cierto en gran parte de los casos (7)— no posee ningún tipo de influencia en la discusión.

En suma, no queda más que coincidir con la jurisprudencia mayoritaria y con la opinión de autores que señalan que soslayar la aplicación de garantías por la pretendida nimiedad de su afectación es evitar la aplicabilidad plena de las disposiciones protectoras de derechos humanos, en especial a los sectores más vulnerables de la población. En un recordado comentario al tristemente célebre fallo de la CS en “Fernández Prieto” (8), Mario Magariños, luego de repasar la gran cantidad de disposiciones constitucionales y convencionales que protegen la libertad ambulatoria, concluyó con contundencia que “A la luz

(7) Al respecto, es demostrativo el hecho de que exista un alarmante número de procedimientos penales fraguados que se iniciaron, precisamente, con este tipo de prácticas. Sobre ello, ver MARTÍN, Adrián N., *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal 1994-2007*. Sobre las imponentas del Estado de policía en la agencia judicial, Del Puerto, 2010, p. 385.

(8) CS, “Fernández Prieto”, F. 140. XXXIII (1998). Sobre ello volveremos al final de este comentario, al señalar que la composición actual de la CS ha demostrado su rechazo a los criterios que se desprendían de dicho fallo.

(6) GARCÍA, Luis M., “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para la identificación de personas. Los claroscuros del caso Tumbeiro”, *LA LEY*, 2003-A, 470.

constituye una privación de la libertad ambulatoria —aunque sea breve— y por esa razón, sólo podría realizarlo cuando mediara un supuesto de sospecha, que en el caso no se dio. Sostienen entonces que “exigir la exhibición de documentación no son posturas de la policía si no cuenta con un motivo válido para hacerlo”; en autos —a juicio de los jueces— aquel motivo no existió toda vez que el control en virtud del cual se procedió a solicitar que se exhiba la documentación fue realizado al azar (fs. 93 y 93 vuelta).

3. El fiscal recurrente alega la afectación del debido proceso legal y de los principios de legalidad y acusatorio (art. 18, CN y 13.3, CCABA), a la vez que considera arbitraria la interpretación que los jueces hicieron de la garantía que establece que nadie puede ser arrestado ni requisado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente. Esgrime que cuando la policía actúa como policía de seguridad o preventiva puede proceder a identificar a cualquier persona y no necesita para ello actuar sobre la base de ningún indicio o sospecha de la comisión de delitos o contravenciones.

4. En autos, es dable recordar que con motivo de la prevención de ilícitos y vigilancia general, la policía

estaba identificando personas al azar en la Estación Constitución de la Línea Roca de ferrocarriles.

Ello —según declaran los policías intervinientes— en virtud de diferentes reclamos realizados por la empresa ferroviaria y por los usuarios respecto del consumo de estupefacientes y de la comisión de distintos hechos delictivos en la zona (cf. fs. 5 y 6). En esa oportunidad, se procedió a interceptar al Sr. Vera y conforme declaró el policía Hoyos, “al momento de pedirle sus documentos de identidad, el sujeto comenzó a demostrar cierto nerviosismo (...) [y] de forma espontánea manifestó poseer un arma de fuego en la cintura” (fs. 5/6 y 60).

5. El planteo articulado por la Fiscalía en su recurso de inconstitucionalidad exige en primer lugar analizar dentro del plexo normativo que rige la actividad de la policía, cuáles son sus funciones. Ello a los efectos de determinar si la interceptación de un ciudadano en la vía pública con fines de identificación (exigir a los ciudadanos la exhibición de su documento de identidad) forma parte de su actividad. La policía tiene entre sus funciones la de prevenir delitos (arts. 3.1 de la Ley Orgánica para la Policía Federal —Decreto-Ley n° 333/58—).

de la normativa constitucional en juego, es claro que no resulta relevante ni el tiempo de duración, ni la denominación que se pretenda otorgar a la privación de libertad a la que un habitante de la Nación sea sometido, para que el principio constitucional arriba mencionado adquiera operatividad, pues lo que las reglas fundamentales consagran es que “toda privación de libertad dispuesta en relación con la investigación de un delito, no importa su duración, debe estar precedida por orden judicial” (9).

Resulta llamativo, además, que el TSJ se haya apartado —sin dar fundamentos para hacerlo— de la postura que en el tema ha sentado la Corte IDH en un caso donde se condenó al Estado Argentino y se sostuvo 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” (10).

Frente a argumentaciones como la ensayada por el TSJ, resulta necesario, además, advertir acerca de los peligros que en materia penal entrañan las construcciones que, por vía de la manipulación de definiciones o etiquetas, pretenden ocultar la verdadera naturaleza de algunos institutos o situaciones con la intención de dotarlos de un menor ámbito de garantías del que debería corresponderles —algo que ya ha merecido serias objeciones por parte de la CS (11)—. La misma crítica vale respecto de las citas de autores realizadas por los jueces —tal como se desprende del extracto del voto de la jueza Conde citado con anterioridad— y de las consecuencias que

(10) Corte IDH, caso “Torres Millacura y otros c. Argentina”, sent. del 26/8/2011, párr. 76 (el destacado nos pertenece).

(11) Tal como sucedió en “Gramajo”, G. 560. XL (2006), especialmente en los considerandos 8 y 9, al descalificar las posturas que, por esta vía, consideraban que la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del Cód. Penal era una medida de seguridad y no una pena.

(9) MAGARIÑOS, Héctor M., “La detención de personas sin orden judicial escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional”, LA LEY, 1999-D, 662.

El decreto reglamentario de la mencionada ley define a la tarea de “prevención del delito” como “toda actividad de observación y seguridad destinada a impedir la comisión de actos punibles” (art. 64 de su decreto reglamentario n° 6580/58).

El artículo 94 del mencionado decreto reglamentario establece que “[l]as facultades expresas no excluyen otras que, en materia no prevista, sean imprescindibles ejercer por motivos imperiosos de interés general relacionados con el orden y seguridad públicos y la prevención del delito”. Por su parte, el artículo 96 del mismo decreto condiciona el ejercicio de estas facultades implícitas al debido respeto de las disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados y las leyes, y —en particular— al principio de razonabilidad.

A la luz de lo expuesto considero que la solicitud de documentos en la vía pública a las personas en ejercicio de controles generales por parte de la policía, constituye una de las facultades implícitas a que se refiere la norma precitada, en tanto puede considerársela como emanada del poder de policía del Estado y lícita mientras se la ejercite razonablemente (art. 96, incisos 3 y 5 del decreto reglamentario).

en la solución de los casos suele tener la práctica de acudir a las opiniones de los autores al solo efecto de encontrar un “respaldo” para justificar una restricción de derechos que ya fue decidida de antemano, sin siquiera dar cuenta de la existencia de otras posturas o de por qué éstas son dejadas de lado. En otros términos, resulta preocupante que “la jurisprudencia seleccione, dentro de innumerables variantes —como si se tratara de una tienda de mercaderías variadas— el esbozo que casualmente se ajuste al resultado deseado” (12).

De acuerdo con lo anterior, queda establecido que indudablemente nos encontramos frente a una privación de la libertad ambulatoria que debe ajustarse a todas las garantías que tanto la normativa nacional como internacional le brindan, máxime cuando la injerencia de la que hablamos posee una serie de implicancias coti-

En base a las consideraciones hasta aquí esbozadas y por la forma que se resuelve, corresponderá a otros jueces analizar si en el caso la autoridad de prevención incurrió en algún exceso en su actuación y afectó garantías constitucionales.

6. Es dable hacer notar que para afirmar la existencia de una privación de la libertad —que es lo que los jueces dan por supuesto para anular todo el procedimiento— y aplicar los estándares que se exigen para una detención o requisa, se debe tener en cuenta la clase, el modo de ejecución, duración y los efectos de la interceptación.

En el caso concreto de Vera se interrumpió su libre circulación por el tiempo estrictamente necesario para solicitarle que exhibiera su documentación personal. La detención posterior no estuvo relacionada con el pedido de identificación sino que, conforme surge del acta de fs. 5, el encausado se puso nervioso y manifestó espontáneamente que tenía un arma de fuego en su poder.

Ante esa afirmación, lo que comenzó siendo un mero procedimiento de identificación al azar se convirtió en una requisa personal y en una detención en

dianas en los derechos de las personas que los jueces no pueden desconocer.

III. El principio de legalidad penal y las “facultades implícitas” de la policía

Si se toma como punto de partida el hecho de que estas prácticas constituyen una afectación a la libertad ambulatoria de las personas, se desprende como consecuencia de ello la necesidad de que exista una ley que las habilite.

En este aspecto residió una de las grandes dificultades con las que se encontró el TSJ para fundar su decisión: la ausencia de una norma legal que expresamente consagre la facultad de los miembros de las fuerzas policiales para solicitar a las personas, sin motivos previos que lo justifiquen, la exhibición de sus documentos (13). El

(12) SCHÜNEMANN, Bernd, “El propio sistema de la teoría del delito” en InDret, sección penal, nro. 1/2008, p. 10. Una crítica de este modo de proceder puede verse en LARSEN, Pablo, “Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica: reflexiones críticas sobre la función de la dogmática penal a partir del caso argentino” en InDret, sección penal, nro. 3/2015.

(13) Es necesario recordar que, tal como será analizado en el apartado siguiente, existe actualmente una normativa que otorga a la policía dicha facultad, pero la condiciona a que se verifiquen determinados motivos —los cuales, tal como se verá, tampoco alcanzan para defender la adecuación de estas prácticas a los estándares internacionales vigentes—. Lo que se analiza en este punto es la existencia de la facultad policial de exigirle a una persona que se identifique sin que exista ningún motivo previo que lo justifique.

flagrancia. Esta última cuestión —requisa y detención— es ajena a lo que aquí se viene discutiendo (es decir, la nulidad del procedimiento de identificación de transeúntes).

En virtud de lo expuesto, esa breve interrupción en la libertad de circulación no configura una privación de libertad en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional (en cuanto refiere al “arresto”).

En esas condiciones, corresponde revocar el pronunciamiento emitido por la Sala II de la Cámara que declara la nulidad del procedimiento de identificación de Vera, y de todo lo obrado en consecuencia. Ello en tanto que la decisión no aparece como una derivación lógica y razonada del derecho vigente y de las constancias probadas de la causa, pues incorpora un requisito que sólo está contemplado para los casos de detención y requisa (Fallos: 334:458).

7. Por lo tanto, voto por i) admitir la queja, ii) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, iii) revocar la decisión de fs. 92/94 y iv) devolver las actuaciones para que otros jueces se pronuncien sobre la legitimidad del procedimiento.

intento por superarla consistió, en primer lugar, en acudir a la letra del cuerpo normativo que regula las facultades de la policía federal (decreto-ley 333/1958 y su decreto reglamentario 6580), tomando como base al art. 3.1 del mencionado “decreto-ley” (en tanto establece que es función de la policía federal “prevenir los delitos”) y a los arts. 94 a 96 de su decreto reglamentario (en tanto mencionan determinadas “facultades implícitas” que tendría la policía federal para llevar adelante sus funciones) (14). Es así como los in-

(14) Estos artículos establecen, específicamente, lo siguiente: “Las facultades expresamente enunciadas en la Ley Orgánica de la Policía Federal no excluyen otras que, en materia no prevista, sean imprescindibles ejercer por motivos imperiosos de interés general relacionados con el orden y seguridad públicos y la prevención del delito” (art. 94); “En el ejercicio de las facultades no enunciadas expresamente, se ajustará a los principios establecidos por la jurisprudencia y la doctrina sobre el poder de policía en lo que sea pertinente a la policía de seguridad, sin perjuicio del derecho que corresponda a los particulares, según las leyes, para recurrir ante la autoridad judicial o administrativa cuando consideren injusta o innecesariamente restringidos sus derechos o desconocidas sus garantías, y de la responsabilidad de los funcionarios por cualquier exceso o abuso delictuoso” (art. 95); y “Además de la observancia de las limitaciones precedentes, el ejercicio del poder de policía anteriormente menciona-

El juez *Luis Francisco Lozano* dijo:

1. La Cámara resolvió “declarar la nulidad del procedimiento [policial] efectuado el día 14 de abril de 2014, alrededor de las 15:20 hs., respecto de Lucas Abel Vera; y de todo lo actuado en consecuencia” (cf. fs. 103 vuelta).

Sostuvo que estas actuaciones tuvieron inicio en un accionar, concretamente requerir a transeúntes, escogidos al “azar”, la exhibición del documento de identidad de la policía federal (en adelante, también, “PF”) que superó el ámbito de sus competencias. En este orden de ideas, relató que “...el día 14 de abril de 2014, siendo aproximadamente las 15:20 hs., al encontrarse identificando personas al azar en el lugar, el preventor solicitó a Lucas Abel Vera la exhibición de su documento personal, quien en ese momento comenzó a demostrar un cierto nerviosismo.

En ese instante, de forma espontánea manifestó poseer un arma de fuego en la cintura. En consecuencia, el policía le colocó en sus manos esposas y pidió cooperación del personal de la brigada. Finalmente, ante la presencia de dos testigos —Jonatan Ezequiel González y Darío Fabián Baptista— palpó al sujeto

tegrantes del TSJ pudieron sostener afirmaciones como las siguientes:

“La solicitud de documentos en la vía pública a las personas en ejercicio de controles generales por parte de la policía, constituye una de las facultades implícitas a que se refiere la norma precitada, en tanto puede considerársela como emanada del poder de policía del Estado y lícita mientras se la ejercite razonablemente —art. 96, incisos 3 y 5 del decreto reglamentario—” (consid. 5 del voto de la jueza Weinberg).

“El decreto ley n° 333/58 que las organiza emplea un lenguaje amplio que debe ser interpretado conforme esta voluntad de brindar un grado de discrecionalidad acorde con el cumplimiento de los fines para los que el cuerpo fue creado, y

do, se sujetará en especial a las siguientes condiciones: 1. Basarse en edictos, disposiciones y órdenes dadas por escrito con las formalidades reglamentarias; 2. No violar ninguna disposición de la Constitución Nacional, de un tratado o de una ley nacional; 3. No ser irrazonablemente ejercido; 4. No invadir innecesariamente los derechos privados de libertad y propiedad; y 5. Tener una relación actual con el objeto para cuya preservación se ejerce y ser adecuado y conveniente para lograr sus fines” (art. 96).

entre sus ropas, pudiendo determinar que tenía un elemento en la cintura que resultó ser una pistola de color gris conteniendo en su almacén un cargador con cuatro cartuchos de bala. Acto seguido se le leyó al nombrado sus derechos y garantías quien manifestó llamarse Lucas Abel Vera.

Por último, se labraron las actas correspondientes y se lo trasladó al local de la dependencia policial” (cf. fs. 103).

Concluyó diciendo que “...atendiendo a la descripción de la actuación del personal de prevención reseñada, coincidimos con el a quo en que la facultad de impedir la libre circulación —aunque fuese por un tiempo mínimo— y de exigir la exhibición de documentación no son potestades de la policía si no cuenta con un motivo válido para hacerlo” (cf. fs. 103).

2. Asiste razón al MPF en que corresponde equiparar a definitivo al pronunciamiento recurrido porque no se observa que, frente a la nulidad decretada, exista un cauce independiente de investigación que permita al MPF ejercer la acción. En este orden de ideas, el MPF señala que “...la sentencia recurrida reviste el carácter de definitiva y causa al Ministerio Público Fiscal un

teniendo permanentemente presentes el límite que imponen las garantías constitucionales que resguardan a las personas, particularmente su libertad e intimidad”; “La competencia para requerir el documento de identidad está implícitamente reconocida a la PF en la ley siempre que su ejercicio constituya una ‘actividad de seguridad’ —de prevención del delito—” (consid. 7 del voto del juez Lozano).

“Cabe advertir que pese a la inexistencia de una consagración legal expresa de la posibilidad de requerir la identificación de un transeúnte, el carácter nimio de esa injerencia estatal permite razonar válidamente que aquélla puede ser derivada de las funciones y competencias asignadas por la legislación aplicable a la Policía Federal Argentina” (consid. 3 del voto del juez Casás).

Este argumento presenta una serie de defectos que rápidamente terminan por descalificarlo.

Tal manera de intentar justificar la ampliación de las facultades policiales por fuera de los límites legales resulta contraria al principio de legalidad que rige en todas las interferencias del Estado en la vida de los particulares (art. 19, CN; art.

gravamen irreparable ya que, al nulificarse el procedimiento policial inicial y todo lo actuado en consecuencia, en el caso la incautación del arma, y no existiendo cauce independiente más allá del mismo, se le veda a esta parte la posibilidad de ejercer la acción contravenacional contra Lucas Abel Vera” (cf. fs. 111).

3. El MPF sostiene que la PF tiene, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica (el decreto-ley 333/58), la facultad para requerir a las personas su identificación en las condiciones en que se ejerció en el sub lite (cf. fs. 113). Ese planteo constituye una cuestión federal, como lo es la interpretación de las normas federales invocadas, que corresponde a este Tribunal, por imperio de la doctrina de Fallos: 311:2478, resolver.

4. Comencemos por señalar que en el sub lite no se discute la legitimidad de una actuación de la PF fundada en la observación de un hecho que objetivamente constituye la comisión de una conducta típica, o permite presumirla —vgr. el art. 5, inc. 1 del decreto-ley 333/58 (y sus modificatorios), el art. 112 del CPP, el art. 86 del CPP entre muchos otros—.

Se debate si la PF puede actuar (en el caso, requerir la exhibición del documento de identidad) sin

9, CADH), y que cobra el mayor de sus sentidos en el área penal. De acuerdo con dicho principio fundamental, toda manifestación del poder punitivo del Estado —del cual la policía es, quizá, la más cotidiana de todas (15)— debe encontrarse habilitada por una ley que debe cumplir con los requisitos de ser previa al hecho y de determinar de manera clara y precisa los motivos que puedan tornarla procedente. En los términos de la Corte IDH:

“En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las

(15) Tal como explican Alagia, Slokar y Zaffaroni, “el sistema penal opera ejerciendo un poder punitivo represivo en forma de criminalización primaria y secundaria. Criminalización primaria es la formalización penal de una conducta en una ley, y criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro - ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, 2012, ps. 11-12). De esto último se ocupan las agencias ejecutivas, siendo la policial la más importante de ellas.

que exista como antecedente un hecho de la especie mencionada. 5. La policía de la seguridad a cargo de los agentes de la PF constituye el ejercicio de una función administrativa, razón por la cual tiene que estar respaldada en una ley, que, debido a la ley n° 24.588 (en 6 particular, a su artículo 7°, modificado por ley n° 26.288), puede ser del Congreso (cf. el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional, al que suma el inc. 32) o de la Legislatura de la CABA (cf. el art. 80, inc. 2 punto e de la CCBA, así como el genérico inc. 1).

No existe ni en una ni en otra constitución un genérico “poder de policía” del Poder Ejecutivo o de una de sus dependencias que pudiera albergar conceptualmente poderes de esta especie distintos de aquellos que confieran sus Poderes Legislativos. Debido a que constituye una función de naturaleza típicamente administrativa, el llamado poder de policía (seguridad pública), o mejor los poderes de policía, siguen la regla según la cual son creados por el Poder Legislativo, pero éste sólo puede investirlos en el Poder Ejecutivo.

5.1. Así como no cabe inferir competencias sino de la ley, incumbe al Poder Legislativo escoger el modo de atribuirlos. Puede tanto hacerlo en términos expre-

sos como implícitos, específicos o muy genéricos, si lo estima más oportuno; el límite está en que el texto no puede ser tan laxo que venga a conferir una indebida delegación de la potestad legislativa que deje librado al Poder Ejecutivo o sus dependencias la posibilidad de establecer sus propias competencias.

Interpretar que una competencia está implícitamente conferida por la ley, no es lo mismo, reitero, que sostener que existen facultades implícitas inherentes a la noción de poder de policía. ¿Cuándo una facultad fue acordada por el PL implícitamente? Cuando se infiere de modo comprensible para los juristas de los textos legislativos que crean las facultades, deberes y funciones policiales. Es ilustrativo el método de inferencia que expuso John Marshall in re “McCulloch v. Maryland” 17 U.S. 3161. Con arreglo a él, una potestad resulta implícitamente enumerada.

La resolución del pleito suscitado in re M’Culloch v. State (1819) requería primeramente contestar al siguiente interrogante ¿el Congreso tiene la competencia para crear un banco?

El juez Marshall, al exponer la opinión de la Corte, señaló que “[e]ntre los poderes enumerados [en la

más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión” (16).

“Cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano” (17).

Reconocer la existencia de facultades “implícitas” en cabeza de las fuerzas policiales desconoce palmariamente los estándares citados, e implica una reformulación del principio de legalidad penal que rápidamente acaba por desnaturalizarlo: el Estado puede hacer lo que la ley le permite, “y algo más”. De este modo, la contención a la manifestación del poder represivo del Estado se torna ilusoria.

(16) Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros c. Panamá”, sent. del 2/2/2001, párr. 107.

(17) Corte IDH, caso “Kimel c. Argentina”, sent. del 2/5/2008, párr. 63.

Además de lo expresado, el principio de legalidad cobra especial relevancia en el área de las detenciones, ya que la misma CADH, a través de su art. 7, prevé un régimen específico y concreto para estos casos. De acuerdo con ello:

“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” (18).

La decisión del TSJ no sólo contraria, mediante una ilegítima construcción discursiva, las disposiciones convencionales relativas al principio de legalidad, sino que además se desentiende de las específicas razones históricas que llevaron a la limitación legal establecida en la ley 23.950.

(18) Corte IDH, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador”, sent. del 21/11/ 2007, párr. 57.

Constitución], no encontramos la implementación de un banco o la creación de una corporación. Pero no hay frase en el instrumento [la Constitución], por ejemplo los artículos de la confederación, que excluya los poderes incidentales o implícitos; y que requiera que todo [poder] concedido deba estar expresa y minuciosamente descripto. Incluso la 10ª enmienda, que fue formulada con el propósito de calmar los celos excesivos con que había sido sancionada omite la palabra 'expresamente', y únicamente declara, que los poderes no delegados a los Estados Unidos, ni prohibido a los estados, está reservado a los estados o al pueblo;' dejando la pregunta, si un poder particular que puede ser objeto de contienda ha sido delegado a un gobierno, o prohibido a otro, dependerá de una construcción razonable de todo el instrumento. El hombre que trazó y adoptó esta enmienda había experimentado el bochornoso resultado de la inserción de esa palabra en los artículos [17 U.S. 316, 407] de la confederación, y probablemente la omitió, para evitar aquellos bochornos. Una constitución que contenga un detalle preciso de todas las subdivisiones de los enormes poderes que admite, y de todos los medios por los cuales se pueden poner en ejecución, tomará parte de la prolijidad de un código legal, y difi-

cilmente podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, tampoco sería comprendida por el público cuando: (i) se requiera para poder ejercer otra expresamente reconocida; (ii) resulte necesaria para el cumplimiento de una "función" expresamente acordada, o (iii) resulte de la sumatoria las competencias investidas. Según puede comprobarse, el carácter implícito de una potestad no equivale, en Marshall, a una implicancia lógica, aun cuando establecerlo pueda requerir una concatenación de inferencias de esta especie. Esto es solamente ilustrativo, porque, como dije, es el legislador quien escoge cómo expresar que acuerda una competencia, siempre que lo haga de un modo comprensible. La Cámara relató que la actuación de los agentes de la PF, que entendió ilegítima por carecer de sustento en la ley, tuvo lugar en un establecimiento de utilidad nacional, la estación "Constitución" de la línea del Ferrocarril Roca. Su naturaleza requiere, por lo tanto, que sólo los grandes lineamientos deban estar marcados, los importantes objetivos designados, y los ingredientes menores que componen a esos objetivos sean deducidos de la naturaleza misma de los objetivos. Esta idea que entretuvo a los padres de la constitución Americana, no es sólo es inferida de la naturaleza del instrumento,

El citado "decreto-ley" 333/58 establecía que era facultad de la agencia policial "detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de veinticuatro (19) horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes". Esta disposición justificó la detención de Walter Bulacio y otras decenas de personas en inmediaciones de un recital de rock (20). Como se recordará, la muerte de Bulacio abrió un intenso debate sobre las facultades policiales para "averiguar antecedentes" que epilogó en la denominada "ley Lázara". La ley 23.950 introdujo una modificación a esa facultad prevista en el decreto-ley 333/58, y el inc. 3 de su art. 5 quedó redactado de la siguiente manera:

"Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detener a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, *si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún*

hecho delictivo o contravencional y no acreditarse fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones" (el destacado nos pertenece).

Es decir, la cuestión que ahora se analiza ya fue objeto de profundo estudio a raíz de un grave suceso y ello determinó una limitación a las facultades policiales; y aun cuando ese límite fuera objetable e insuficiente —aspecto sobre el que volveremos en el apartado siguiente—, no es posible retroceder, tal como lo hace el TSJ al ampliar las facultades policiales más allá de los márgenes legales, en lo que se refiere a los resguardos institucionales para la protección de derechos.

Lo señalado hasta este punto nos permite adelantar otra conclusión provisoria: las detencio-

(19) CARRIÓ, Alejandro, ob. cit., p. 135.

(20) El caso, finalmente, derivó en que el Estado argentino sea condenado por la Corte IDH (caso "Bulacio c. Argentina", sent. del 18/9/2003).

también del lenguaje. ¿Por qué algunas limitaciones, que están en la sección 9º del artículo 1º, fueron introducidas? Son, en algún grado, garantías, por haber omitido usar algún término restrictivo que pudiera impedir una interpretación equitativa y justa. En consideración de esta pregunta, luego, no debemos olvidar que es una constitución lo que estamos interpretando. El texto original dice: Among the enumerated powers, we do not find that of establishing a bank or creating a corporation. But there is no phrase in the instrument which, like the articles of confederation, excludes incidental or implied powers; and which requires that everything granted shall be expressly and minutely described. Even the 10th amendment, which was framed for the purpose of quieting the excessive jealousies which had been excited, omits the word 'expressly,' and declares only, that the powers 'not delegated to the United States, nor prohibited to the states, are reserved to the states or to the people;' thus leaving the question, whether the particular power which may become the subject of contest, has been delegated to the one government, or prohibited to the other, to depend on a fair construction of the whole instrument. The men who drew and adopted this amendment had experienced the emba-

rassments resulting from the insertion of this word in the articles [17 U.S. 316, 407] of confederation, and probably omitted it, to avoid those embarrassments. A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would, probably, never be understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects, be deduced from the nature of the objects themselves. That this idea was entertained by the framers of the American constitution, is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language. Why else were some of the limitations, found in the 9th section of the 1st article, introduced? It is also, in some degree, warranted, by their having omitted to use any restrictive term which might prevent its receiving a fair and just interpretation. In considering this question, then, we must never forget that it is a constitution we are expounding. 8 7. Ciertamente la Ley Orgánica de la PF no enuncia explícitamente la competencia que, de existir, ampa-

nes por averiguación de identidad sin motivos previos que lo justifiquen son privaciones de la libertad que, al no encontrarse expresamente permitidas por una ley, incumplen el principio de legalidad y son, por ello, ilegales y contrarias a la CADH.

IV. Su inconstitucionalidad aun cuando se encuentre expresamente prevista en una ley

Los estándares que regulan las condiciones que deben ser satisfechas para poder privar de su libertad a una persona —siendo la exigencia de identificarse una de las distintas formas en las que puede materializarse— no se ven cumplidos sólo con establecer en una ley de manera previa y expresa las condiciones que deben reunirse para habilitarla. Existe otro requisito que hace ya no a la *forma*, sino a la *substancia*: la detención no sólo no debe ser *ilegal*, sino que tampoco debe ser *arbitraria*:

“Esta disposición [el art. 7 de la CADH] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad perso-

nal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual *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*” (21).

De acuerdo con este estándar, las leyes que autorizan detenciones no sólo deben establecer expresamente las causas, casos o circunstancias que permiten una privación de libertad sino que, adicionalmente, deben otorgar precisiones que permitan establecer a cualquier persona bajo qué supuestos puede un sujeto ser legítimamente detenido, sin que tales resoluciones queden a exclusiva discrecionalidad del funcionario (22).

(21) Corte IDH, caso “Gangaram Panday c. Suriname”, sent. del 21/1/1994, párr. 47 (el destacado nos pertenece).

(22) MARTÍN, Adrián N., “Responsabilidad Internacional del Estado por detenciones policiales arbitrarias”, en

raría el obrar de sus agentes. El decreto- ley n° 333/58 que las organiza emplea un lenguaje a mplio que debe ser interpretado conforme esta voluntad de brindar un grado de discrecionalidad acorde con el cumplimiento de los fines para los que el cuerpo fue creado, y teniendo permanentemente presentes el límite que imponen las garantías constitucionales que resguardan a las personas, particularmente su libertad e intimidad.

6.1. Estas afirmaciones encuentran apoyo no sólo en el decreto-ley, concebido, como dije, en términos deliberadamente comprensivos, sino en la circunstancia misma de que no prohíbe interpretar la existencia de facultades implícitas, en un marco lingüístico en que es natural buscarlas. Acorde con ello, su decreto reglamentario expresamente las reconoce. Así, el art. 94 de dicho reglamento dice que “[l]as facultades expresamente enunciadas en la Ley Orgánica de la Policía Federal no excluyen otras que, en materia no prevista, sea imprescindible ejercer por motivos de interés general relacionados con el orden y seguridad públicos y la prevención del delito”.

La prevención del delito y velar por el orden y seguridad pública son “funciones” expresamente acor-

dadas por la ley a la policía federal (cf. el punto que sigue a continuación). Desde luego, este texto debe ser interpretado con prudencia. Por un lado, debe observarse el propósito de que el cuerpo encargado de la seguridad tenga medios de responder a escenarios novedosos; por el otro, las garantías constitucionales deben ser rigurosamente observadas como vallas al posible desborde que autoridades dotadas de un grado significativo de discrecionalidad.

6.2. Por su parte, el art. 3, inc. 1° de la Ley Orgánica dice que “Son funciones de la Policía Federal:// 1.- Prevenir los delitos de la competencia de los jueces de la Nación”; y el mencionado decreto reglamentario dispone que “[p]or ‘prevención de delito’ debe entenderse toda actividad de observación y seguridad destinada a impedir la comisión de actos punibles y a recoger elementos de juicio sobre las actividades de las personas de quienes se suponga fundadamente intenten cometerlos o hagan del delito su profesión habitual” (cf. el art. 64 del decreto n° 6580/58, ni el subrayado ni la negrita pertenecen al original). Al dictar el CPPN, el Congreso dispuso que la PF estaría facultada para inspeccionar vehículos en el marco de un operativo de prevención destinado a impedir la comi-

Lo dicho hasta este punto basta para descalificar aún más la argumentación llevada adelante por el TSJ: si una detención puede ser arbitraria y, por ello, contraria al artículo 7 de la CADH aun cuando la ley que la habilite prevea determinados motivos —por ser estos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad—, queda fuera de discusión que ella siempre será arbitraria si, pese a encontrarse en una ley, no se encuentra atada a estándar o parámetro previo alguno (23), teniendo su razón de ser en la pura discrecionalidad policial, tal como entiendo el TSJ al permitir que estas detenciones sean

llevadas adelante sin que concurren motivos o sospechas que la justifiquen. El voto de la jueza Conde es explícito al afirmar que “La facultad de requerir la identificación de las personas, en lugares públicos o de acceso público, por parte de la autoridad policial no exige la concurrencia de circunstancias sospechosas o indiciarias acerca de la hipotética comisión de un ilícito que deba ser conjurado, sino que dicha facultad razonablemente se justifica en la propia función de prevención y disuasión que les concierne como funcionarios públicos encargados de hacer cumplir las leyes y de velar por una convivencia pacífica de todas las personas que transitan libremente por estos lugares” (párr. 6 del voto de la jueza Conde).

Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana, Cátedra Jurídica, 2008, p. 9.

(23) En ello coinciden gran parte de los autores nacionales, señalando que la agencia policial puede excepcionalmente prescindir de la una orden judicial previa para realizar una detención, pero nunca de las razones debidamente fundadas. Ver CARRIÓ, Alejandro, Garantías constitucionales en el proceso penal, 3ª ed., Hammurabi, 1994, p. 135; MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal: Fundamentos, 2ª ed., Del Puerto, 1996, ps. 521-522; y SAGÜÉS, Néstor, “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso”, en *Ius et Praxis. Derecho en la región*, año 5, nro. 1, Universidad de Talca, 1997, p. 211.

No obstante, también es posible explorar otra vía que es comúnmente usada en este tipo de casos. Se trata de analizar si uno de los permisos legales que actualmente existen satisface los estándares citados con anterioridad. De ser así, se encontraría satisfecho el requisito de legalidad, pero no necesariamente el de no arbitrariedad.

En este sentido, la ley 23.950, ya referida en el apartado anterior, prevé como estándar para

sión de actos punibles. Significativamente, el último párrafo del art. 230 del CPPN dice “[t]ratándose de un operativo público de prevención podrán proceder [los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad,] a la inspección de vehículos” (cf. el art. 230, in fine del CPPN). 9 El art 230 ha sido derogado.

Pero, sigue siendo útil como interpretación auténtica de la ley de la PF. Allí asume que las normas genéricas de competencia permiten organizar “operativos públicos de prevención”. El caso que nos ocupa es precisamente uno de esta especie.

En ese marco, la competencia para requerir el documento de identidad está implícitamente reconocida a la PF en la ley siempre que su ejercicio constituya una “actividad de seguridad” (de prevención del delito).

Cierto es que esa competencia, al igual que el resto que le acuerda la ley, debe ser válidamente ejercida; cuestión, esta última, de la que me ocupo en los puntos 8 y 9 de este voto.

6.3. También supone la facultad de requerir documentos de identidad la función de “llevar un registro

habilitar una detención sin orden judicial el que “existan circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad”.

Esta disposición legal, si bien cumple parcialmente con los requisitos necesarios para habilitar una detención por parte de la policía, difícilmente pueda satisfacer el requisito de no arbitrariedad. La fórmula que incluye —que recuerda a fórmulas vacías tales como “actitud sospechosa”, “marcado nerviosismo”, “olfato policial”, “andar raro”, etc., usualmente utilizadas por parte de la jurisprudencia para justificar detenciones, como si se tratara de *palabras mágicas* que tienen por efecto sanear lo arbitrario y validarlo (24)—, merece fuertes críticas por otorgarle a las fuerzas policiales un elevado grado de discrecionalidad difícilmente compatible con el Estado de derecho. Tal como advierte Carrió, la expresión “pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional” ofrece algunas dudas, ya que, en abs-

de vecindad” que le impone a la PF el art. 5, inc. 4 del decreto n° 333/58. El artículo dice: [s]on facultades de la Policía Federal para el cumplimiento de sus funciones:[...]// Llevar registro de vecindad en la Capital de la Nación; en las zonas de las fronteras donde no sean organizados por otra policía nacional; y, en el territorio de las provincias, en los lugares sujetos a la jurisdicción nacional y sus adyacencias, hasta donde sea necesario a los fines de seguridad de los mismos”.

Llevar un registro de vecindad de las características reseñadas supone, como dije, la competencia para obtener los datos de quienes viven o transitan por determinados lugares para armarlo y mantenerlo actualizado. Nuevamente, hay que recordar que el ejercicio de estas facultades suscita riesgo de invadir zonas vedadas por garantías constitucionales.

En su resguardo mediante el ejercicio de la función jurisdiccional no cabe trocar derechos personales por eficacia en la prevención.

7. Lo dicho hasta aquí no importa sostener la validez de toda medida consistente en solicitar la exhibición del documento de identidad. La medida que se decida realizar, para resultar legítima, debe cumplir

tracto, “es claro que todos los habitantes estamos en esa situación” (25).

Adicionalmente, siguiendo a Ferrajoli, es posible criticar la indeterminación que tienen estos parámetros: “peligrosidad y sospecha son, por naturaleza, incompatibles con las exigencias de la legalidad estricta, dado que escapan a una clara predeterminación legal y dejan espacio a medidas ‘en blanco’, basadas en valoraciones tan opinables como incontrolables” (26).

Frente a ello, nuevamente, los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos han sido sumamente claros:

“Una detención no debe depender de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta. El requisito de tipicidad contenido en la obligación de ‘fijar de antemano’ las condiciones de detención, requiere que la ley defina las causas y condiciones en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa. Ello no se satisface con una prescripción

(24) MARTÍN, Adrián, *Detenciones policiales...*, cit., ps. 390 y 395.

(25) CARRIÓ, Alejandro, ob. cit., p. 135.

(26) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, 1997, p. 767.

con la finalidad para cuya consecución acuerda el legislador competencias a la PF (vrg. la de prevención o la de llevar un registro de vecindad, reseñadas supra, u otras que pudieran extraerse de la ley), pero velando por las garantías constitucionales y las emanadas de convenciones internacionales.

8. Con alcance general, cabe decir que, primeramente, la medida policial debe estar dentro de la competencia (en razón de la materia, grado, tiempo y espacio) que habilita la ley. La ley puede estar concebida en términos más genéricos o más específicos, más abstractos o más concretos, más amplios o más restringidos, pero no puede constituir una delegación inconstitucional de atribuciones legislativas.

En segundo lugar, por constituir un ejercicio de una función administrativa, la medida tiene que estar guiada por un propósito previsto en la ley (vrg. prevención del delito, etc.), esto es, no perseguir otros ni privados ni públicos (arg. art. 7, inc. F, ley n° 19.549 y modificatorias).

En tercer lugar, debe estar inscripta en el ámbito de competencia de quien la dispone, lo que, por las características jerárquicas de organización de los cuer-

pos que la ejercen y el modo en que habitualmente se someten a protocolos y reglas de actuación, imponen verificar la observancia de estas reglas mediante las cuales la superioridad asegura el cumplimiento uniforme de la función.

En cuarto lugar, 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 (vrg. 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.

genérica e indefinida como ‘graves presunciones de responsabilidad’” (27).

“La sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio” (28).

A la luz de las consecuencias prácticas que se desprenden de permisos tan vagos y abiertos como los propuestos por el TSJ —que se apartan incluso de ley 23.950—, es tarea de todos los operadores criticarlos y poner de relevancia los serios defectos jurídicos que tienen. Aceptar pasivamente estas reglas difusas, ambiguas y flexibles que poseen por efecto reafirmar la validez de discrecionales intercepciones de personas en el espacio público

implica consentirlas, permitir su reproducción y profundización y, aún más, hacer un aporte invalorable a favor de que ellas se constituyan como condiciones de posibilidad para consumir gravísimas y sistemáticas afectaciones de derechos humanos (29).

Finalmente, resta analizar en este apartado otro de los argumentos defendidos por el TSJ al momento de entender que las fuerzas policiales gozan de un elevado grado de discrecionalidad al poder llevar adelante estas prácticas. A partir de él, sus integrantes buscaron otorgarle legitimidad a su decisión afirmando que las facultades policiales deben sujetarse a determinadas pautas que —se supone— contrarrestarían la amplísima libertad con la que pueden ser ejercidas. Así, se sostuvo lo siguiente:

“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 —v.gr., color de la tez, nivel económico revelado por la indumenta-

(27) Comisión IDH, informe n° 66/2001 (caso 11.992, “Levoyer Jiménez, Dayra M. c. Ecuador”), párr. 37.

(28) Corte IDH, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador”, sent. del 21/11/ 2007, párr. 103.

(29) MARTÍN, Adrián, “Responsabilidad internacional...”, p. 15.

En quinto lugar, la medida no puede ser de las prohibidas por la ley o por otras normas que gobiernen la actuación policial.

9. Incumbe a los jueces examinar, a pedido de parte legitimada, la validez de la medida de que se trate, es decir, ejercer la competencia que tienen, como principio, frente a la impugnación de cualquier otro acto administrativo.

10. En virtud de lo dicho hasta aquí, corresponde revocar la sentencia de fs. 102/104, y devolver las actuaciones a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí sentada. Por ello, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 102/104; y devolver las actuaciones a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí sentada. Costas a la vencida.

El juez *José Osvaldo Casás* dijo:

1. El representante del Ministerio Público Fiscal viene en queja ante este Tribunal contra la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucio-

ria, 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” (consid. 9 del voto del juez Lozano).

“El reconocimiento de la facultad antes mencionada en cabeza de las fuerzas de seguridad en modo alguno importa habilitar que sus agentes se encuentren autorizados, en cualquier caso, a indagar la identidad de los habitantes. Muy por el contrario, la propia reglamentación aplicable ofrece pautas que sugieren que dicha potestad, lejos de ser ejercida discrecionalmente, debe sujetarse a determinadas limitaciones que garanticen su ejercicio razonable (...). Corresponderá identificar, en primer lugar, el fin perseguido con la intervención policial y su legitimidad. Por hipótesis, en el caso que nos ocupa, se impondría indagar si, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la actuación policial, la identificación del imputado se encuadró adecuadamente en la función de prevención del delito y mantenimiento del orden público, antes mencionada —arts. 3, inc. 1º y 4, inc. 1º, del decreto-ley n° 333/1958—. A su vez, se impondrá determinar si la invasión en la esfera de protección del derecho fundamental de libertad ha sido proporcional con el objetivo

perseguido o si, por el contrario, ha resultado excesiva. Finalmente, será preciso asegurar que la injerencia estatal no haya redundado en la afectación de otra garantía constitucional. Sobre este punto, tal como lo señala mi colega preopinante, doctor Luis Francisco Lozano, resultará necesario descartar que la actuación policial haya sido guiada por parámetros discriminatorios, en contradicción con el principio constitucional de igualdad” (consid. 4 del voto del juez Casás).

2. La presentación fue interpuesta en legal tiempo y forma (cf. art. 33 de la ley n° 402) y por quien se encuentra legítima do para ello.

Al propio tiempo, la queja expone una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la representante del Ministerio Público Fiscal presenta con éxito un caso constitucional en tanto señala que la decisión de la Cámara no se ajusta al desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso y contiene una interpretación irrazonable de los artículos 13.1 de la Constitución de la CABA y 18 de la Constitución Nacional que conllevó la prohibición de “una mínima injerencia como la solicitud de documentación personal a meros fines identificatorios por parte de la prevención, exigiéndole a este accionar requisitos que le resultan ajenos” (fs. 112).

Estos pretendidos límites, por más loables que pudieran parecer sus intenciones en el plano discursivo, no brindan una contención suficiente que permita ajustar estas facultades con nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, pautas como “no violar garantías constitucionales”, “no ser discriminatorias”, “no ser invasivas” y “ser razonables y proporcionales”, constituyen criterios de evaluación que están destinados a realizar un control una vez que la detención fue llevada a cabo y son, por su propia naturaleza, estándares “negativos” —es decir, están destinados a convalidar una detención siempre que no se presenten los motivos que la descalificarían— mientras que lo que se necesita en un área donde la arbitrariedad y la discrecionalidad

Finalmente resta señalar que, en las particulares circunstancias del caso, la decisión del tribunal superior de la causa puede ser equiparada a una sentencia definitiva (art. 27, ley n° 402).

Al respecto, el recurrente ha expuesto los motivos por los que dicha resolución pone en juego la continuidad de la investigación que impulsa, conduciendo de manera inexorable a la desvinculación de la persona imputada. En ese sentido, se denuncia la invalidación de actos procesales irreproducibles de los que derivó el secuestro del arma cuya portación se imputa al señor Vera en los términos del artículo 85 del Código Contravencional, circunstancia que implicó la extirpación del proceso de un elemento de prueba esencial, que constituye el presupuesto objetivo de la contravención cuya comisión se investiga.

3. El recurso de inconstitucionalidad también debe prosperar. Los jueces de la Cámara, con sustento en una argumentación similar a la ensayada por el magistrado de primera instancia, confirmaron la invalidación del procedimiento policial que dio origen a estas actuaciones. Según sostuvo el tribunal de alzada, “la facultad de impedir la libre circulación —aunque

fuese por un tiempo mínimo— y de exigir la exhibición de documentación no son potestades de la policía si no cuenta con un motivo válido para hacerlo” (foja 93).

Entendió pues que, en esta clase de casos, “el personal policial necesita algún elemento adicional de sospecha para actuar”, es decir, para requerir la identificación de un transeúnte (foja 93).

En primer lugar, cabe señalar que los jueces de mérito no ofrecieron las razones que los llevaron a realizar dichas afirmaciones. En efecto, no indicaron cuál es el estándar de motivación o sospecha que resultaba necesario, según su criterio, para habilitar la intervención policial en el presente caso. Este defecto de fundamentación de la resolución recurrida impide conocer el razonamiento que le sirvió de base y, por ello, la perjudica como acto jurisdiccional válido.

Al margen de ello, lo cierto es que la solución propuesta por la Cámara parece haber partido de la equivocada equiparación de la mera interceptación de una persona en la vía pública al solo efecto de solicitar su identificación con su detención o la eventual requisa de sus pertenencias.

es lo corriente son controles previos y estándares “positivos” —es decir, que estén destinados a poner límites a la policía de manera previa a la detención y que, en un análisis posterior, sólo la convaliden si la autoridad que la realizó demuestra acabadamente que se verificaron los supuestos que la ley prevé para habilitarla—.

Por otro lado, merece especial atención el criterio que sostiene que la medida “no debe discriminar, no debe asumir solapadamente criterios de sospecha por notas de las personas que harían odiosa una distinción, tales como el color de la tez, nivel económico revelado por la indumentaria, juventud, género, etc.”. Si bien ello resulta a todas luces deseable, brindarle a la policía un poder discrecional tan amplio resulta extremadamente contraproducente respecto del objetivo de impedir que estas medidas se encuentren guiadas por parámetros discriminatorios, ya que desconoce que el sistema penal —y, dentro de él, las agencias policiales— actúan de manera extremadamente selectiva y en base a la mayor vulnerabilidad que presentan las personas que son criminalizadas al final del día.

Específicos y numerosos estudios sobre la actividad policial dan cuenta de que asignarle a la

propia agencia el control de sus actos de intromisión en los derechos es no sólo equivocado desde el punto constitucional, sino que además brinda una poderosa arma de autonomización policial. Entre muchos otros, Reiner había destacado que la escasa visibilidad del trabajo cotidiano y rutinario de la agencia policial brinda de por sí a los funcionarios policiales un amplio margen para construir informes *post hoc* de las detenciones que, evidentemente, y para tranquilidad judicial, son expresados en términos legalmente aceptables “aun cuando guarden poca relación con las verdaderas razones de sus decisiones” (30).

En efecto, diversos estudios policiales han establecido tres conjuntos de reglas. Por un lado, las reglas “operativas” que son las que apuntalan el trabajo policial, derivadas de la cultura informal y generalmente reñidas con las disposiciones legales; en segundo lugar, las reglas “inhibitorias”, que son los lineamientos oficiales que pueden ser sancionados; y en tercer término, las reglas “de presentación”, que son las reglas oficiales que no ejercen ninguna influencia sobre los

(30) REINER, Robert, “La policía y la actividad policíaca”, en MAGUIRE, M. - MORGAN, R. y REINER, R., Manual de Criminología, Oxford, 1999, ps. 483-484.

De hecho, para invalidar el procedimiento policial, los jueces presumieron la existencia de una situación de privación de la libertad que exigía una “sospecha” previa (foja 93) y, sobre esa base, asimilaron situaciones claramente diferenciables. A mi juicio, los magistrados incurrieron en un claro exceso al subsumir el acto invalidado, sin más, en el concepto de arresto, pues con ello pasaron por alto que la restricción a la libertad de circulación de Lucas Abel Vera por parte del agente interviniente se redujo únicamente al tiempo estrictamente necesario para solicitarle que exhibiese su documentación personal.

Tal como lo señala la señora jueza de trámite, doctora Inés M. Weinberg, la detención posterior del joven no se relacionó con dicho requerimiento, sino que se motivó en un hecho disímil —la alegada manifestación espontánea, por parte del imputado, de la portación de un arma— y no es la validez de dicho acto la que se discute en esta incidencia.

De esta manera, el estudio efectuado por los jueces de mérito aparece desacertado a la luz de las circunstancias del caso y las reglas aplicables, pues no confiere valor alguno al hecho de que la injerencia estatal en el ámbito de libertad de una persona que importa

su arresto resulta significativamente mayor a la que se deriva de la sola interrupción de su marcha a los efectos de solicitar su identificación.

En definitiva, lo decidido por la Cámara importó equiparar, sin razones suficientes, estándares de motivación aplicables a situaciones desiguales.

Por otra parte, repárese en que la Cámara tampoco argumentó por qué razón resultaba inviable derivar la facultad policial aquí discutida de las normas que regulan la actividad de esa fuerza de seguridad.

Al respecto, cabe advertir que pese a la inexistencia de una consagración legal expresa de la posibilidad de requerir la identificación de un transeúnte, el carácter nimio de esa injerencia estatal permite razonar válidamente que aquella puede ser derivada de las funciones y competencias asignadas por la legislación aplicable a la Policía Federal Argentina.

Sobre el punto, comparto la alusión efectuada por la señora jueza de trámite, doctora Inés M. Weinberg, y el señor juez, doctor Luis Francisco Lozano, al decreto-ley n° 333/1958 y su correspondiente reglamentación —decreto n° 6580/1958—.

procedimientos policiales pero que establecen los términos en los que deben presentárselos a las autoridades judiciales con posterioridad.

Considerar, como lo hacen los votos que conforman la mayoría del caso que se comenta, que sin exigir motivos previos que deban ser justificados con claridad para un adecuado control judicial va a resultar posible establecer en qué casos ha habido una motivación policial abiertamente discriminatoria, implica un notable desconocimiento de las prácticas cotidianas de la agencia policial.

A fin de cuentas, pretender que estas medidas “no violen garantías constitucionales” es completamente ilusorio cuando se generan todas las condiciones para que así sea.

V. Controles poblacionales y positivismo criminológico

Existe otro prisma desde el cual este tipo de facultades puede ser analizado y, finalmente, descalificado. Se trata del análisis conocido como “saneamiento genealógico”, consistente en rastrear los orígenes históricos de determinados institutos para determinar efectivamente cual fue la finali-

dad a la que respondieron en sus orígenes y cual es aquella a la que, posiblemente, respondan en la actualidad (31).

En este sentido, un análisis detenido de la implicancia de la exigencia de identificarse permite advertir que se trata de un instituto que hunde sus raíces en el “positivismo criminológico”, especialmente a través de los denominados “controles poblacionales”. Ello no sólo puede advertirse estudiando los orígenes históricos de este tipo de medidas, sino que fue, además, explícitamente sostenido por el TSJ al decir que “La circunstancia de que una autoridad de prevención lleve adelante procedimientos identificatorios de personas al azar en lugares públicos o de acceso público —también denominados usualmente ‘controles poblacionales— no es, *per se*, violatorio de ninguna garantía constitucional, siempre que esa identificación encuentre apoyatura en la consecución de las funcio-

(31) ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro - ZAFFARONI, Eugenio R., ob. cit., p. 119. Este método fue aplicado por la CS para considerar inconstitucional a la pena de reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del Cód. Penal en “Gramajo”, G. 560. XL (2006), considerando 15.

Estas normas dan cuenta de que la posibilidad de requerir documentación en la vía pública a los efectos de acreditar la identidad de un transeúnte puede ser reconocida como una facultad implícita de la mencionada fuerza derivada, cuanto menos, de su función de prevención del delito y mantenimiento del orden público (v., por caso, arts. 3, inc. 1º, 4, inc. 1º, del decreto-ley n° 333/1958 y art. 94 de su decreto reglamentario n° 6580/1958).

En suma, la invalidación del procedimiento se asentó en una argumentación insuficiente y una lectura equivocada de las circunstancias del caso y las normas aplicables que impone dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido.

4. Ahora bien, el reconocimiento de la facultad antes mencionada en cabeza de las fuerzas de seguridad en modo alguno importa habilitar que sus agentes se encuentren autorizados, en cualquier caso, a indagar la identidad de los habitantes. Muy por el contrario, la propia reglamentación aplicable ofrece pautas que sugieren que dicha potestad, lejos de ser ejercida discrecionalmente, debe sujetarse a determinadas limitaciones que garanticen su ejercicio razonable (v., por caso, arts. 95 y 96 del decreto reglamentario n° 6580/1958).

nes que le resultan inherentes para el mantenimiento del orden público. (...) En mi concepto, esta mínima y razonable restricción, encuentra justificación en la protección que corresponde dispensar a la sociedad en función del bien común y en lo que constituye el más elemental y legítimo ejercicio del poder de policía que debe reconocerse a esa autoridad en resguardo de la tranquilidad y el orden públicos por los que también debe velar” —cf. dictamen de la PGN, *in re*, “Tumbeiro”, Fallos 325:2485— (párr. 5 del voto de la jueza Conde).

En lo que hace a las vinculaciones históricas de las prácticas policiales analizadas en este trabajo, por un lado, es destacable que, más allá de las particularidades temporales propias de cada momento y, por supuesto, del contexto cultural, las prácticas de control poblacional por parte de la agencia policial no son innovaciones del último siglo. Ellas, en su aspecto más nuclear, responden a las necesidades de las antiguas formas estatales autoritarias. La misma idea del control es consustancial a la forma estatal misma, y la búsqueda de asignar una identidad y marcar para reconocer fácilmente a algunos sujetos, luego extendida a la totalidad de la población, reconoce antecedentes incluso anteriores a las

En este sentido, entiendo que para determinar si esa facultad ha sido ejercida legítimamente, deberá analizarse si ésta supera un examen de razonabilidad y proporcionalidad. Para ello corresponderá identificar, en primer lugar, el fin perseguido con la intervención policial y su legitimidad.

Por hipótesis, en el caso que nos ocupa, se impondría indagar si, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la actuación policial, la identificación del imputado se encuadró adecuadamente en la función de prevención del delito y mantenimiento del orden público, antes mencionada (arts. 3, inc. 1º y 4, inc. 1º, del decreto-ley n° 333/1958). A su vez, se impondrá determinar si la invasión en la esfera de protección del derecho fundamental de libertad ha sido proporcional con el objetivo perseguido o si, por el contrario, ha resultado excesiva. Finalmente, será preciso asegurar que la injerencia estatal no haya redundado en la afectación de otra garantía constitucional. Sobre este punto, tal como lo señala mi colega preopinante, doctor Luis Francisco Lozano, resultará necesario descartar que la actuación policial haya sido guiada por parámetros discriminatorios, en contradicción con el principio constitucional de igualdad.

primeras formas estatales en la época inquisitorial (32).

Sin embargo, nuestra historia da cuenta aún más acabada de la importancia que exige contener esas manifestaciones irracionales de poder punitivo. Desde fines del siglo XIX se ha instalado fuertemente en el discurso jurídico (académico, legal y judicial) una concepción del delito “sustancialista” que, de la mano del positivismo criminológico, ha tenido en nuestro país una fuerte impronta. A través de tales ideas ajenas a las contenidas en la Constitución política y por ello contrarias a una concepción del “estado de derecho”, se plasmaron en la legislación y en las prácticas tanto de la agencia policial como judicial. Las élites morales que hegemonizaron el debate sobre la cuestión del orden urbano y la cuestión del castigo —y, por lo tanto, de la actividad policial—

(32) MARTÍN, Adrián N., *Detenciones policiales...*, cit., p. 393. En el mismo sentido MAIER, Julio B. J., “Entre la inquisición y la composición”, *No Hay Derecho*, nro. 6, 1991; FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 766; y ANITUA, Gabriel I., “¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones” en BAIGÚN, David et al., *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Del Puerto, 2005, p. 515.

En suma, la legitimidad del ejercicio de la facultad habilitada por la regulación antes indicada dependerá de un estudio de las circunstancias que la rodearon, a la luz de los parámetros antes establecidos, que aún no ha sido efectuado en estas actuaciones.

5. Teniendo en cuenta lo expresado hasta aquí, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos con el alcance antes señalado y dejar sin efecto la resolución recurrida y devolver las actuaciones para que otros jueces se pronuncien sobre la validez del procedimiento de identificación de Lucas Abel Vera con arreglo a lo aquí decidido. Así lo voto.

La jueza *Ana María Conde* dijo:

Adhiero, en lo sustancial, a los desarrollos contenidos en los votos de los doctores Weinberg, Lozano y Casás. En resumen, la Sala II, al confirmar la nulidad declarada por el juez de primera instancia, sostuvo que el quid de la cuestión, sometida a su análisis, fincaba en dilucidar, si, en lugares de libre acceso para cualquier transeúnte y “sin que mediara ninguna sospecha en particular”, la policía se encontraba facultada para privar brevemente a una persona de su

libertad ambulatoria y si podía requerirle que exhibiera su documento para acreditar su identidad; o si, “por el contrario, el personal policial necesita algún elemento adicional de sospecha para actuar” de dicha manera (fs. 92 vuelta/93). A su turno, luego de indicar que el agente policial estaba “identificando personas al azar en el lugar”, el tribunal a quo concluyó que el procedimiento habría estado viciado, desde su origen, porque “la facultad de impedir la libre circulación —aunque fuese por un tiempo mínimo— y de exigir la exhibición de documentación no son potestades de la policía si no cuenta con un motivo válido”, so riesgo de desconocerse “su intimidad sin justa causa” (fs. 93).

La cuestión propuesta por el Ministerio Público Fiscal naturalmente no remite a la discusión sobre los hechos de esta causa, sino al alcance de las garantías constitucionales que la Cámara entendió afectadas, en virtud de la inteligencia que aquella le acordó a las normas que rigen la actuación de los agentes de la Policía Federal Argentina. Ahora bien, la interpretación que en el caso se ha efectuado con relación a las facultades de los funcionarios del orden aparece descalificable, en tanto, frente a la reconocida inexistencia de una situación de flagrancia, las instancias

quedaron vinculadas a la eliminación de grupos catalogados como peligrosos y con alto grado de “temibilidad”. En ese contexto, el control poblacional y la táctica de la sospecha surgieron como instrumentos eficaces (33). En efecto, la policía ha contado desde inicios del siglo XX con facultades legales de detener a quienes se los conocía como “profesionales del delito” o bien a quienes pudieran, a su criterio, eventual o habitualmente “alterar la tranquilidad y el orden social” (34).

(33) SOZZO, Máximo, “¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha? Notas sobre prevención del delito e institución policial”, en FRUHLING, Hugo (ed.), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior*, CED, Santiago de Chile, 1998, p. 229; TISCORNIA, Sofía, “Seguridad y cultura de la violencia. El teatro de la furia”, *Revista Encrucijadas*, UBA, año 1, nro. 1, 2000.

(34) SALESSI, Jorge, *Médicos, maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina (Buenos Aires: 1871 - 1914)*, 2ª ed., Beatriz Viterbo Editora, 2000, ps. 150-154; MARTÍN, Adrián N., “La impronta de la ideología positivista del peligrosismo y la defensa social como construcción imaginaria que sigue atravesándonos como sociedad (pasado y presente de una lógica filial)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nro. 3, Ad-Hoc, 2005, ps. 298-299.

El caso analizado no muestra sino esa misma cara. Adviértase que la pretendida explicación que el agente policial dio a la interceptación de la persona imputada fue su intención de prevenir el consumo de estupefacientes y la comisión de delitos en la zona. En primer lugar, cabe señalar-se que el consumo de estupefacientes no está ni estuvo prohibido en el país. Sólo ha estado descripta como ilícita su tenencia y, en particular, la cuestión relacionada a los casos de consumo que no afecten derechos de terceros ha sido tratada nuevamente por la Corte Suprema, al entenderla inconstitucional en el caso “Arriola” (35). Hacer caso omiso a esta pretendida explicación también es censurable.

Por otra parte, la intención de prevenir delitos, aspecto que pareciera propio de la agencia policial, halla un gravísimo obstáculo en tanto se advierta de qué manera ello pretende llevarse a cabo —es decir, interceptando personas al azar para verificar si poseen consigo un documento

(35) CS, “Arriola”, A. 891. XLIV (2009). Para un acabado desarrollo del tema, basta con remitirse al clásico artículo de NINO, Carlos, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, *LA LEY* 1979-D, 743.

inferiores parecen haber fundado sus conclusiones exclusivamente en el art. 1° de la ley n° 23.950 (en cuanto sustituyó el inc. 1° del artículo 5° del decreto ley 333/58, ratificado por la ley n° 14.467) —que, por cierto, ni siquiera han mencionado—, pero han omitido la consideración de otras disposiciones atinentes, que permitirían respaldar, cuanto menos prima facie, la posible legitimidad del trámite de identificación cuestionado en autos. La conclusión del tribunal a quo, en tales condiciones, aparece a priori exagerada y dogmática.

Al respecto, coincido con el recurrente y con mi colega preopinante, el doctor José Osvaldo Casás, en cuanto sostienen que en esta causa parecen haberse asimilado, irracionalmente, dos situaciones que resultan diferentes; esto es, se habrían equiparado de manera arbitraria y sin sustento suficiente los estándares de motivación que correspondería aplicar ante supuestos de arresto, detención y/o requisita sin orden judicial —referidos a la existencia de circunstancias fundadas, razones urgentes, indicios vehementes, sospecha razonable o causa probable, respecto de la comisión de una contravención o delito— a la nimia injerencia estatal, en el ámbito de la libertad de circulación de las personas, que importa la mera interceptación con fines identificatorios por parte de la

autoridad policial, fundada en razones de seguridad pública o con miras en la prevención general de delitos o contravenciones (arts. 3, inc. 1, y 4, inc. 1, del decreto ley n° 333/58 y 94 del decreto n° 6.580/58).

En este sentido, la circunstancia de que una autoridad de prevención lleve adelante procedimientos identificatorios de personas al azar en lugares públicos o de acceso público —también denominados usualmente “controles poblacionales”— no es, per se, violatorio de ninguna garantía constitucional, siempre que esa identificación encuentre apoyatura en la consecución de las funciones que le resultan inherentes para el mantenimiento del orden público y se argumente en condiciones razonables y proporcionales que no resulten contrarias a los derechos garantizados en la CN, o en la CCABA, ni suponga un trato discriminatorio, desigual o arbitrario para las personas de manera tal que no las coloque en situaciones de inferioridad o indefensión, respecto de otras personas que circulen libremente por el lugar.

Es que, en mi concepto, esta mínima y “razonable restricción, encuentra justificación en la protección que corresponde dispensar a la sociedad en función del bien común y en lo que (...) constituye el más ele-

de identidad—. ¿De qué manera esta acreditación de identidad o su imposibilidad permiten al personal policial prevenir delitos y, en su caso, qué clase de delitos? La respuesta está íntimamente vinculada con los delitos de tenencia. Lo que se pretende es hallar en posesión de la persona estupefacientes u objetos cuya tenencia se encuentre prohibida, tal como ocurrió en este caso.

Más allá de lo censurable que resulta que esa sea la forma de prevención del delito, cabe señalarse aquí que para que ese hallazgo aconteciera, la agencia policial no intercepta cualquier persona al azar, sino a los que su cultura arraigada en las tradiciones del positivismo criminológico le indica. En particular, a los miembros de los sectores más vulnerables de la población puesto que, luego de la interceptación, es imprescindible encontrar excusas para interrogarlos y revisarlos.

Recuperar esas facultades tan afines a la peor tradición positivista, partiendo de vagas y aisladas disposiciones legales propias de aquella ideología, y construir una suerte de facultades implícitas, merece un duro cuestionamiento también desde esta perspectiva de análisis. En

particular, resulta llamativa la referencia que utiliza la jueza Conde cuando entiende razonable que la agencia policial realice un “registro de vecindad”, y aún más alarmante es que considere idóneo y racional que el personal policial pretenda desarrollar esa tarea identificando a algunos de los millones de personas que transitan la estación Constitución del Ferrocarril Roca.

Es por ello que esta forma de control poblacional, sea como fuere que se la denomine y cualesquiera sean sus presupuestos objetivos legalmente exigidos, no han tenido otra finalidad que controlar, vigilar y hostigar a ciertas personas indeterminadas pero integrantes de grupos particularmente vulnerables al sistema penal que evidencien “signos” a los que el saber policial, legalmente inconfesado pero por todos conocido, los catalogue como “síntoma” de peligrosidad (36).

Esto permite reforzar la incompatibilidad de este tipo de medidas con los presupuestos valorativos del ordenamiento jurídico argentino, más aún si se tiene en cuenta que la “peligrosidad” como presupuesto de las construcciones

(36) MARTÍN, Adrián N., *Detenciones policiales...*, cit., p. 394.

mental y legítimo ejercicio del poder de policía que debe reconocerse a esa autoridad (...) en resguardo de la tranquilidad y el orden públicos por los que también debe velar” (cf. dictamen de la PGN, in re, “Tumbeiro”, Fallos 325:2485). Consecuentemente, a diferencia de lo expresado por el tribunal a quo, la facultad de requerir la identificación de las personas, en lugares públicos o de acceso público, por parte de la autoridad policial no exige la concurrencia de circunstancias sospechosas o indiciarias acerca de la hipotética comisión de un ilícito que deba ser conjurado, sino que dicha facultad razonablemente se justifica en la propia función de prevención y disuasión que les concierne como funcionarios públicos encargados de hacer cumplir las leyes y de velar por una convivencia pacífica de todas las personas que transitan libremente por estos lugares.

El genuino control que, en determinados lugares, ejerce la autoridad de prevención con fines disuasorios, a fin de resguardar en mayor medida las legítimas expectativas de seguridad que la población deposita en ella, ciertamente no puede ser tildado en abstracto de espurio e insostenible, bajo el argumento de que aquel limitaría de una manera poco significativa la circulación de los ciudadanos o su intimidad;

máxime, cuando de lo que aquí se trata es de la mera exhibición del documento público que toda persona de existencia visible que se domicilie en el territorio argentino —o bien que sea argentina sea cual fuere el lugar en donde se domiciliare— legalmente debe, cuanto menos, tramitar e incluso presentar en cualquier circunstancia en que resulte necesario acreditar, fehacientemente, la identidad para el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones (ley n° 17.671).

Se ha dicho, con un criterio que suscribo, que “[c]onstituye un exceso contrario a la buena fe del lenguaje decir que una persona interceptada en la vía pública por la autoridad [policial,] para que acredite su identidad ha sido ‘arrestada’ o privada de su libertad” pues “ninguna persona interpretaría que, en esas condiciones, ha sido arrestada o detenida; del mismo modo (...) que cuando [el art. 18 de] la Constitución Nacional declara que ‘[n]adie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita (...)’, no está diciendo que tal orden sea necesaria para que la policía pueda preguntar a una persona por las señas que permitan determinar su identidad. (...)”

En todo caso, serán las circunstancias que rodean a la indagación misma, en particular, los medios y el

jurídico-penales, ha sido rechazada tanto por la Corte IDH como por la CS con sólidos fundamentos (37).

VI. Algo más sobre seguridad ciudadana y derechos fundamentales

Otro de los aspectos que merecen ser analizados —y que, además, parece ser que es el que se encuentra detrás de todo posible tecnicismo que presenta la discusión— se vincula con la recurrente idea de apelar, más con fines simbólicos que con efectos reales, al sistema penal con el pretexto de dar respuesta a los reclamos de seguridad por parte de la población (38).

Salvo notables excepciones, la jurisprudencia no suele escapar a estas circunstancias y es frecuente ver cómo, a través de la presentación de la falsa dicotomía de “seguridad vs. garantías”, los

tribunales, en numerosos casos, adoptan decisiones que van en contra de estas últimas. El caso del TSJ que aquí comentamos no parece haber sido ajeno a esto, tal como se desprende del siguiente extracto:

“Consecuentemente, a diferencia de lo expresado por el tribunal a quo, la facultad de requerir la identificación de las personas, en lugares públicos o de acceso público, por parte de la autoridad policial no exige la concurrencia de circunstancias sospechosas o indiciarias acerca de la hipotética comisión de un ilícito que deba ser conjurado, sino que dicha facultad razonablemente se justifica en la propia función de prevención y disuasión que les concierne como funcionarios públicos encargados de hacer cumplir las leyes y de velar por una convivencia pacífica de todas las personas que transitan libremente por estos lugares. El genuino control que, en determinados lugares, ejerce la autoridad de *prevención con fines disuasorios, a fin de resguardar en mayor medida las legítimas expectativas de seguridad que la población deposita en ella*, ciertamente no puede ser tildado en abstracto de espurio e insostenible, bajo el argumento de que aquel limitaría de una manera poco significativa la circulación de los ciudadanos o su intimidad”

(37) Ver Corte IDH, caso “Fermín Ramírez c. Guatemala”, sent. del 20/6/2005, párrs. 94- 95; y CS, “Gramajo”, G. 560. XL (2006), considerandos 22 a 26.

(38) Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Civitas, 2001; y PASTOR, Daniel R., Recodificación penal y principio de reserva de código, Ad-Hoc, 2005, especialmente ps. 22-82.

modo elegido (...) [de] llevarla a cabo, los que permitirán resolver sobre su calificación como “privación de libertad”. Ello es así, toda vez que una “mera interceptación fugaz en la vía pública no constituye un arresto o detención, en los términos de los arts. 18 C.N., o una privación de la libertad en los de los arts. 7º C.A.D.H. y 9º P.I.D.C. y P., bajo dos condiciones: de que no pase de una simple interrupción momentánea de la circulación y [también] de que la persona requerida para identificarse tenga la libertad [de] irse una vez que lo haya hecho” (LUIS M. GARCÍA, “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para [la] identificación de personas. Los claroscuros del caso ‘Tumbeiro’”, publicado en LL, t. 2003-A, 470 y siguientes).

En sintonía con lo expuesto, aunque considero que la actuación de la fuerza de prevención, como toda expresión del ejercicio del poder de policía, tiene que respetar los límites que le imponen los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo relevante es que —tal como lo indican mis colegas, los jueces Lozano y Casás (en los puntos 9 y 4 de sus respectivos votos)— este análisis, por la forma como ha sido resuelta la cuestión, aún no habría tenido lugar en au-

tos. Nótese, por ejemplo, que el a quo ha soslayado por completo que el supuesto control poblacional y/o de identificación de personas al azar, realizado por el funcionario de la Policía Federal Argentina, se habría llevado adelante mientras aquel se encontraba desarrollando tareas de prevención, vigilancia o custodia de un lugar determinado, que eventualmente podría ser calificado como “sensible” (esto es, en el interior de la estación ferroviaria de Constitución), en el cual, frente a los diferentes reclamos recibidos por parte de los usuarios y de la propia empresa ferroviaria con respecto a numerosos hechos ilícitos (fs. 14), se habría considerado prima facie justificado efectuar un control más exhaustivo acerca de las personas que circulaban por allí.

El control de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad de aquella actuación concreta, en consecuencia, no debería prescindir de un escrutinio consistente vinculado con la explicación de aquel operativo y su adecuación con la injerencia al derecho a la libre circulación o a la intimidad que habrían sufrido las personas que transitaban por tal lugar; es decir, un análisis, sobre la base de las circunstancias particulares del procedimiento, que determine si existió congruencia entre la forma en la cual tuvo lugar dicha

(párr. 6 del voto de la jueza Conde; el destacado nos pertenece).

Frente a estos planteos, resulta imprescindible, una vez más, recordar la vital importancia que tienen las garantías fundamentales dentro del Estado de Derecho —en tanto ponen límites al ejercicio de su poder represivo— y resaltar un aspecto de la inseguridad ciudadana que es usualmente soslayado en estos casos: la amenaza que representa para los derechos fundamentales la existencia de un poder estatal sin límites (39). Muchas veces, brindar un “cheque

en blanco” a las autoridades policiales creyendo que ello va a traer mayor seguridad es algo que termina produciendo los efectos contrarios; algo que no cambiaría si, como podría alguien sostener analizando los hechos de este caso particular, que en alguna ocasión esas facultades permitieron arribar a algún resultado positivo. Los riesgos que se busca evitar limitando al poder represivo del Estado son un objetivo más valioso que la llamada “lucha *contra la criminalidad*”, y es por eso que no se pueden convalidar las prácticas violatorias de derechos fundamentales con base en los resultados que en algún momento puedan arrojar.

Las siguientes palabras de un célebre ex juez de la CS lo grafican de manera sumamente clara:

“Al efectuar el balance entre la seguridad y la libertad individual, debe atenderse el valor de la supervivencia de esta Nación como tierra de hombres libres, según el propósito de sus creadores enunciado en el Preámbulo de la Carta de 1853, que no se lograría acentuando el autoritarismo y la ilegalidad en la averiguación y

(39) Algunos autores son gráficos al señalar que “La justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que las pasiones de los culpables” (FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 603, citando a Francesco Carrara); que “Nada nos indica que debemos disminuir la histórica sospecha ante el abuso del poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán” (BINDER, Alberto, “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, Jueces para la Democracia, nro. 60, 2007, p. 21); y que “El Estado, ejemplificado en los agentes de la justicia penal, constituye una presencia tan potente que representa, tal vez, la mayor amenaza al dominio individual de los ciudadanos” (BRAITHWAITE, John - PETTIT, Philip, No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo, Siglo XXI, 2015, p. 95). Existe también una célebre

frase atribuida a Benjamin Franklin: “Quien está dispuesto a renunciar a su libertad para ganar seguridad, va a perder ambas”.

identificación “al azar” y los propósitos que con ella se perseguían, o si, por lo contrario, se evidencia un direccionamiento velado a un determinado grupo o sector de la población.

En mérito a lo brevemente reseñado, corresponde: (i) admitir la queja; (ii) hacer lugar al recurso inconstitucionalidad, con el alcance apuntado; (iii) dejar sin efecto la decisión recurrida; y (iv) devolver las actuaciones a fin de que, otros jueces, se pronuncien sobre la legitimidad del procedimiento, con arreglo a lo aquí resuelto. Así lo voto.

La jueza *Alicia E. C. Ruiz* dijo:

1. La queja interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley nº 402) por el Ministerio Público Fiscal no puede prosperar por cuanto carece de una crítica fundada y autosuficiente del auto denegatorio.

La Sala II de la Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, entre otros motivos, porque la fiscalía no demostró el agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior de la decisión que intenta pugnar.

El recurrente en su recurso directo —contra este punto— expone una crítica que luce desprovista de fundamento adecuado y no refuta el criterio de la

Cámara. Este Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica sólida destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales el a quo denegó el recurso obsta a la procedencia de la queja, pues tal presentacn resulta privada del fundamento tendiente a demostrar el desacierto en el que habría incurrido la Cámara para resolver como lo hizo (in re “Fantuzzi”, expte. nº 865, resolución del 9/04/01).

2. En estas condiciones corresponde rechazar el recurso de queja de fs. 110/113.

Por ello, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Hacer lugar al recurso de queja interpuesto (fs. 110/113).

3. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 95/99, dejar sin efecto la resolución de Cámara del 11/09/2014 (fs. 102/104 de los autos principales) y devolver las actuaciones a la Cámara para que otros jueces se pronuncien sobre la legitimidad del procedimiento, con arreglo a la doctrina aquí sentada. 3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. *Inés M. Weinberg. — Luis Francisco Lozano. — Alicia E. C. Ruiz. — José Osvaldo Casás. — Ana María Conde.*

persecución de los delitos; ni propiciando un derecho oscuro, nocturnal, cuyas normas son el marco de la injusticia. La experiencia demuestra que no es por esa vía espuria y destructiva del estado constitucional que puede mejorarse la seguridad general que sólo florece y medra si se procura el perfeccionamiento profesional de los cuadros policiales, dotándolos de un nivel decoroso de existencia y de los medios modernos de investigación, y más aún, en el plano general, a través de la elevación de las condiciones de vida y del pulimento de la organización social, al que no es ajeno el suministro eficaz de una correcta educación cívica. La aspiración legítima a que se imponga el valor seguridad se frustra, según lo comprueba hasta el hartazgo la historia argentina, por la vía del autoritarismo, y se vislumbra, en cambio, en las perspectivas que abren las sendas de la libertad” (40).

La Corte IDH ha seguido una línea similar al sostener:

(40) CS, “Fiorentino”, Fallos 306:1752 (1984), considerando 9 del voto concurrente del juez Petracchi.

“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (41).

“Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer ni violentar” (42).

El conocimiento de la brutalidad que puede ejercer el poder represivo del Estado cuando se

(41) Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”, sent. del 29/7/1988, párr. 154.

(42) Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros c. Perú”, sent. del 30/5/1999, párr. 204.

encuentra sin límites —o, a veces, aun dentro de ellos— aconseja proceder con prudencia cada vez que consideramos su uso para intentar solucionar conflictos, más aún cuando se demuestra, cada vez con mayor fuerza, que no es tan efectivo en esa tarea. Ello debería ser un motivo de alarma para que, en lugar de reclamar su aplicación librada de ciertos límites, empecemos a considerar otras posibilidades y estrategias que pueden ser más eficaces para responder adecuadamente a los reclamos de seguridad ciudadana —la que, tal como se señaló, corre mayores riesgos frente a un poder estatal sin límites que ante los posibles hechos delictivos cometidos por particulares—.

VII. De lo novedoso del azar y las facultades implícitas, a los conocidos “nerviosismo” y “declaraciones espontáneas”

Señalamos ya que el único autorizado a ordenar una detención es el juez y *que sólo en casos excepcionales y de urgencia* las normas permiten delegarlo en la policía. Es por ello que la única forma de que luego el juez pueda supervisar la legitimidad de la actuación policial es que estos funcionarios funden circunstanciadamente las razones del procedimiento. En el caso estudiado, la persona detenida vio restringida su libertad desde el momento mismo en que el oficial de policía decidió abordarlo al verlo en la estación del ferrocarril ya que, desde ese mismo instante, no pudo retirarse o desplazarse libremente. Para esa intervención no tenía elemento alguno que justificara su actuación, y la excusa de la interceptación al azar sólo pudo tratar de justificarse con la otra no menos justificable construcción de las facultades implícitas.

En este punto cabe destacar que la facultad de identificación policial prevista en la ley 23.950 —y a pesar de su dudosa constitucionalidad a la luz del art. 7.3, CADH, tal como fue señalado— exige que alguien estuviera “cometiendo o por cometer delito o contravención”, lo que no puede de ninguna manera deducirse a partir de lo informado por el agente policial.

Sin perjuicio de lo señalado, no resulta menor que en el presente caso —luego de la ilegal injerencia— acontecieran otros sucesos que devinieran en el hallazgo de un arma. Para ello el agente policial adujo que la persona detenida se mostró “nerviosa” y que inmediatamente decidió confesarle la posesión del arma.

Con relación a referencias tales como el “nerviosismo” o las conductas “evasivas”, cabe destacar que no sólo son situaciones sumamente equívocas en sí mismas, sino que además han operado como fórmulas irrefutables utilizadas por la agencia policial en reemplazo de la famosa “actitud sospechosa” habilitante de cualquier injerencia en los derechos. Es así como, en este caso, la agencia policial justificó su accionar en una suerte de clichés que no permiten ningún control.

Las reglas así construidas devienen válidas en tanto y en cuanto el personal policial cumpla con la sola exigencia de que, para justificar esa intromisión, la fundamente en fórmulas vacías tales como “actitud sospechosa”, “marcado nerviosismo”, “andar raro”, etc., ya que no permiten un mínimo control judicial y dejan en consecuencia al arbitrio exclusivo de la agencia policial la decisión sobre la procedencia o no de injerencia en los derechos de las personas.

La situación de que la persona detenida, además, hubiere indicado que poseía un arma entre sus ropas, es otro aspecto de gran relevancia en el análisis del caso porque nos remite ineludiblemente a la vieja práctica policial de las declaraciones “espontáneas”. De lo que se trata es que el agente policial dio cuenta de haber interrogado al detenido, aún en contra de lo previsto en el art. 184.9, Cód. Proc. Penal Nac., y del resultado de lo dicho por éste decidió revisarlo.

La situación nos obliga a releer viejas pero valiosas decisiones de la propia CS aplicables a estas situaciones, como cuando en un caso se sostuvo que este tipo de declaraciones:

“No pueden tenerse en cuenta porque las circunstancias en que se efectuó autorizan a descartar que sus manifestaciones sean el fruto de una libre expresión de la voluntad. Al contrario, aparecen evidentemente inducidas por la situación en que se lo colocó a raíz del allanamiento ilegal que, por otra parte, no fue casual sino que llevaba el específico propósito de reunir evidencias del delito” (43).

Esto no hace más que brindar un argumento adicional para respaldar la nulidad de lo actuado en la causa analizada, y demuestra cómo, por

(43) CS, “Rayford”, Fallos 308:733 (1986), considerando 6.

una vía adicional, lo decidido por el TSJ se aparta del sendero protectorio de los derechos fundamentales.

VIII. Las implicancias del fallo en la nueva situación de la agencia policial en la Ciudad de Buenos Aires

Una cuestión derivada del fallo que se analiza es la utilización que, al menos en el ámbito de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es posible prever que pretenderá hacerse de él. En tal sentido, vale recordar que existe una situación novedosa y que no debe ser pasada por alto. A fines del mes de diciembre de 2015 —casualmente en forma coetánea al dictado del fallo— los gobiernos nacional y local decidieron el traspaso de la Superintendencia de Seguridad Metropolitana de la Policía Federal Argentina a la Policía Metropolitana.

Ello derivará en que los agentes de la Policía Federal Argentina que ahora se desempeñen para la Policía Metropolitana deberán adecuar su accionar no ya al decreto-ley 333/58 —utilizado por el TSJ para afirmar la existencia de las llamadas “facultades implícitas”—, sino a la ley local de seguridad pública 2894. Dicha ley, en lo que aquí interesa, dice expresamente en su artículo 32 que “El personal policial no está facultado para privar a las personas de su libertad, salvo que durante el desempeño de sus funciones deba proceder a la aprehensión de aquella persona que fuera sorprendida cometiendo algún delito o perpetrando una agresión o ataque contra la vida o integridad física de otra persona o existieren indicios y hechos fehacientes y concurrentes que razonablemente pudieran comprobar su vinculación con la comisión de algún delito de acción pública”.

Este dato adicional, con las expresas razones que eximen al personal policial de la prohibición de privar de libertad a las personas, no admitiría, ni por la absurda vía elíptica ensayada por el TSJ, la habilitación de ningún tipo de facultad implícita en tal sentido.

IX. Conclusiones

Todo lo expuesto hasta este punto permite establecer, a modo de las pautas que deben guiar el análisis de la temática, las siguientes conclusiones:

1. Cualquier detención, por nimia que se pretenda, debe ser antecedida por orden escrita de autoridad judicial competente.

2. En casos de urgencia, dichas interceptaciones en la vía pública por parte de la policía, aun de escasa duración, constituyen privaciones de la libertad ambulatoria que, por tal motivo, debe ajustarse a todas las garantías que tanto la normativa nacional como internacional le brindan. En tal sentido, deben tener una causa que las motive.

3. Las detenciones que, con el único objetivo de exigir a una persona que se identifique, sin otras razones vinculadas a la presunta comisión de ilícitos, al no encontrarse expresamente permitidas por una ley, incumplen principio de legalidad que rige las actuaciones del Estado y son, por ello, ilegales y contrarias a la CADH.

4. Aquellas, aun cuando estuvieran autorizadas por una ley, al no exigir la concurrencia de ningún motivo previo, serían contrarias a la CADH por ser arbitrarias. De igual modo deberían ser calificadas si mediara un estándar legal vago o indefinido (tal como sucede con la disposición de la ley 23.950).

5. La eximición de una orden judicial previa en casos de urgencia no evita un adecuado e inmediato control posterior, algo que sólo podría cumplirse disponiendo estándares legales precisos y exigentes para habilitar detenciones, y no previendo o construyendo facultades implícitas que se apliquen a presuntos controles al “azar” en el que, además, las personas —sin asistencia técnica ni testigos— extraña y “espontáneamente” declaran ser autores de ilícitos.

El papel que puede desempeñar en esta temática la CS, así como también en todas aquellas en las que se encuentran en juego derechos fundamentales, es especialmente relevante. De llegar el caso analizado a su conocimiento, teniendo en cuenta los estándares jurisprudenciales que en materia penal ha sentado el más alto tribunal local, la decisión debería ser revocada.

La afirmación anterior encuentra sustento no sólo en la tendencia que a lo largo de varios años ha mostrado la CS al seguir los estándares jurisprudenciales de su par interamericana —los cuales fueron reseñados a lo largo de todo este

trabajo, y muestran un fuerte rechazo a los argumentos utilizados por la sentencia del TSJ—, sino también en su propia jurisprudencia.

Es cierto que los fallos de la CS en “Morales Agüero” (44), “Fernández Prieto”(45), “Flores Núñez” (46), “Tumbeiro” (47), “Monzón” (48) y “Szmilowsky” (49) han puesto en duda aquellos lineamientos, aún hasta límites —al menos— rаяanos con la inconstitucionalidad y comprometiendo responsabilidad internacional, como lo señala el juez Maqueda en los casos “Waltta” (50) y “Massa” (51).

No obstante, y al margen de la enumeración de las cuestionables resoluciones acaecidas después del caso “Daray”, la actual composición del Tribunal y la importancia de las manifestaciones que la totalidad de sus actuales miembros formularon en el caso “Peralta Cano” (52), así como también la claridad con la que dos de ellos se manifestaron en su disidencia en el caso “Ciraolo”, dan cuenta del retorno a la postura interpretativa que resguarda adecuadamente los derechos fundamentales en este tipo de casos.

(44) Fallos 321:1385.

(45) Fallos 321:2147.

(46) Fallos 321:3663.

(47) Fallos 325:2485.

(48) Fallos 325:3322.

(49) Fallos 326:41.

(50) Fallos 327:3829.

(51) Fallos 327:4458.

(52) CS, “Peralta Cano”, P. 1666. XLI (2007), donde los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda, remitiéndose al dictamen de la procuración, hicieron lugar a un recurso que cuestionaba una detención por encontrarse fundada en estándares sumamente imprecisos.

En este sentido, la CS ha recordado la importancia de que exista un “expreso mandato legislativo” que habilite las detenciones (53); que es necesario que las autoridades policiales funden los motivos que las llevaron a detener a una persona (54); que los actos de la policía no pueden convalidarse por los resultados obtenidos (55); y que es necesario contar con estándares exigentes al momento de considerar válida una detención, los cuales deben ser superiores a los convalidados en lamentables precedentes como “Tumbeiro”, “Monzón” y “Szmilowsky” (56).

Por otro lado, de cara a un eventual pronunciamiento, la CS también debería considerar la necesidad de evitar que el Estado argentino vuelva a incurrir en responsabilidad internacional por las detenciones arbitrarias que, con base en permisos como el aquí criticado, continúan reiterándose a lo largo del tiempo. Las condenas que la Corte IDH ha pronunciado contra el país en los casos “Bulacio” y “Torres Millacura” dan cuenta de ello.

Es de esperarse, por todos los motivos expuestos con anterioridad, que en una eventual interacción la CS decida revocar la sentencia del TSJ, ratifique su propia jurisprudencia y siente, tal como lo ha hecho en numerosas ocasiones, criterios vinculados con el sistema penal que sean respetuosos de los derechos fundamentales. ♦

(53) CS, “Daray”, D. 380. XXIII (1994), considerando 10.

(54) CS, “Ciraolo”, C. 224. XLIII (2009), disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerando 9.

(55) CS, “Ciraolo”, C. 224. XLIII (2009), disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerando 19.

(56) CS, “Ciraolo”, C. 224. XLIII (2009), disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerandos 11 a 13.

.....