





PUBLICACIÓN
ESPECIAL

PODER DE POLICÍA Y CONTROL JUDICIAL.

*"A PROPÓSITO DEL CASO FERNANDEZ
PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS".*



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina

Poder de Policía y Control Judicial : a propósito del caso Fernandez Prieto y
Tumbeiro vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos /
Mariano

Fernandez Valle ... [et al.]. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Defen-
soría

General de la Nación, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-47077-8-9

1. Derechos Humanos. 2. Violencia Institucional. I. Fernandez Valle, Mariano
CDD 323

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Defensora General de la Nación

Stella Maris Martínez

Secretaria General de Capacitación y Jurisprudencia

Julieta Di Corleto

2021 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Av. Callao 970

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fecha de publicación: Diciembre 2021

ÍNDICE

Stella Maris Martínez

Presentación 7

SECCIÓN I. La construcción del caso para el litigio internacional

Mariano Fernández Valle y Natalia Luterstein

“Tarda en llegar”: historia del caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina..... 11

Silvia Edith Martinez

De detenciones, requisas y discriminación: los casos Fernández Prieto y Tumbeiro ante la Corte IDH 27

SECCIÓN II. Proyecciones de la decisión de la Corte IDH a nivel nacional

Juan Carlos Riccardini

La sentencia ***Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*** y su impacto en el procedimiento de flagrancia. Avances y desafíos. 49

Aramis Lascano

Preguntas más allá de los protocolos en los procesos de criminalización contra mujeres trans y travestis en clave contemporánea..... 67

Esteban Rodríguez Alzueta

La violencia policial más acá y más allá de la agresión física: hostigamiento policial y resistencias juveniles..... 83

SECCIÓN III. Proyecciones de la decisión de la Corte IDH a nivel internacional

Tomás I. Pascual Ricke

Caso **Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina**: enfrentando un mal endémico en la región 95

Clarissa Tatiana de Assunção Borges y Hugo Leonardo

La aplicación de los **estándares** internacionales en relación a los registros personales en el contexto brasileño: una propuesta de cambio legislativo109

Jeffrey G. Gonzaga Flory

Requisa, registro de vehículos y detención: los motivos suficientes y el indicio comprobado en el ordenamiento jurídico costarricense, desde una perspectiva convencional..... 123

Salvador Leyva Morelos Zaragoza y Layla Gabriela Almaraz Olivares

Sospechosamente culpable 137

Andrés Fernando Ospina Garzón

El olfato policial en argentina y la detención por señalamientos en Colombia. Miradas cruzadas de las amenazas a la libertad personal a partir del caso **Fernández Prieto y Tumbeiro contra Argentina** y la sentencia C-303 de 2019 149

José María López Riba

Consideraciones criminológicas del caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina” 163

SECCIÓN IV. Palabras expertas

María Mercedes Gómez

A propósito de las detenciones arbitrarias: prevención, discrecionalidad policial y prejuicio 177

Sofía Tiscornia

“Hay una muy fuerte carga de detención por clase social y por estereotipos”.207

PRESENTACIÓN

La sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1° de septiembre de 2020, en el caso **“Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”**, reviste singular importancia, no sólo por la índole de los derechos involucrados -libertad personal, vida privada, igualdad ante la ley y no discriminación, protección judicial de las víctimas- sino por recaer en un factor crucial en el marco de la permanente tensión dialéctica entre el estado de derecho y el estado de policía, al dedicar su eminente control de convencionalidad a determinar el límite de las facultades de las fuerzas de seguridad en su tarea de criminalización secundaria, dentro del sistema penal.

Por añadidura, dicho pronunciamiento posee especial trascendencia para la Defensa Pública Oficial. Se trata de la segunda vez en que el máximo tribunal regional de derechos humanos declara la responsabilidad internacional de nuestro país en un caso en el que la representación de las víctimas fue ejercida, en forma autónoma y desde el inicio de las actuaciones, por dicha rama del Ministerio Público.

El fallo en torno al cual se organiza esta publicación cierra un proceso de aproximadamente tres décadas de trámites locales e internacionales, a la vez que inaugura nuevas instancias de litigio en las que la defensa pública podrá recurrir a tal precedente para cuestionar la legitimidad de las detenciones o requisas y para reclamar su efectivo control jurisdiccional. En efecto, hasta tanto el Estado no cumpla con la totalidad de las medidas de reparación dispuestas, la obligación de las defensas penales seguirá siendo luchar para que las prácticas policiales y judiciales acaten los estándares internacionales de derechos humanos específicamente reconocidos por la Corte Interamericana.

En ese contexto, esta publicación tiene como propósito profundizar la reflexión sobre la potencialidad del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* en el trabajo venidero. Con esta pretensión, en la primera sección de esta obra colectiva, se incorporan los textos de integrantes de la defensa pública que trabajaron en el litigio del caso. Allí explican cómo se gestó, cuáles fueron sus dificultades y qué decisiones estratégicas se adoptaron durante el trámite internacional hasta llegar a la sentencia de la Corte IDH.

A continuación, en la segunda sección, se incluyen trabajos de especialistas del de-

recho que ofrecen otros análisis sobre el entramado burocrático que gira en torno al control poblacional por parte de las fuerzas de seguridad y a su relación con el poder judicial. La lente está puesta, por un lado, en los miles de incidentes cotidianos de diversa complejidad en los que intervienen rutinariamente las agencias policiales, y por el otro, en el trabajo de los/las operadores/as jurídicos que, convalidando cualquier práctica de detención ilegal, no solo vacían de contenido a la función judicial, sino que también horadan el sentido de la legalidad. Lejos de ser inocua, este tipo de intervención judicial organiza y legitima un poder de policía que muchas veces se extiende más allá de los límites ya ambiguos de la legislación. A partir de este complejo engranaje, ambos actores controlan y forjan identidades sociales que están inscriptas en un orden marcado por las desigualdades de edad, clase y género, entre otras.

En la tercera sección, los textos reunidos buscan debatir sobre la proyección del caso más allá de las fronteras de nuestro país. Tal como lo sostuvo la Corte Interamericana, el marco regulatorio y las prácticas vigentes en Argentina adolecen de serios defectos. Sin embargo, no se trata de falencias privativas de nuestro territorio, sino que todas ellas están presentes en otros países latinoamericanos. Los trabajos de esta sección iluminan esos espacios geográficos, así como también marcan un rumbo para pensar las relaciones entre la sociedad, las fuerzas de seguridad y el poder judicial en clave regional.

La publicación se cierra con las voces de dos expertas, Sofía Tiscornia y María Mercedes Gómez, cuyos trabajos jerarquizan esta publicación. Ambas tienen una extensa y reconocida trayectoria internacional y ambas fueron peritas en casos emblemáticos de la Corte Interamericana vinculados a detenciones arbitrarias y discriminación. En términos generales, sus contribuciones invitan a cuestionar prácticas que, ya sea por su antigüedad o su escasa visibilidad, han sido naturalizadas o minimizadas; y nos inspiran a seguir batallando por la protección de los derechos y garantías fundamentales.

Desde el Ministerio Público de la Defensa esperamos que esta obra sea una herramienta más para el litigio de los/as defensores/as públicos/as oficiales, pero por sobre todas las cosas, esperamos que tenga un impacto concreto en el accionar policial y en el control judicial.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

SECCIÓN I

La construcción del caso para el litigio internacional

Mariano Fernández Valle

Abogado y Máster en Derecho, con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Docente de “Derechos Humanos y Garantías” y de “Género y Derechos Humanos” (UBA). Responsable del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación.

Natalia Luterstein

Abogada y Máster en Derecho, con orientación en Derecho Internacional Público (The London School of Economics and Political Sciences). Docente de Derecho Internacional Público (UBA). Funcionaria del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación.

“Tarda en llegar”: historia del caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina

“Para nosotros es muy preocupante-siempre lo ha sido, en este y en todos los casos- que unos hechos ocurran en un Estado 15, 20, 30 años antes de que las víctimas o quienes les hayan sobrevivido reciban una sentencia en que se les reconozca algo de justicia”.

Palabras de cierre de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Elizabeth Odio Benito durante la Audiencia Pública del caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. 10/3/20.

I. Introducción

El 1 de septiembre de 2020 se emitió la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*¹. Allí se declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por numerosas violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Como consecuencia, se ordenaron también diferentes medidas de reparación.

Esta decisión de la Corte IDH llegó luego de veinte años de proceso internacional ante

1 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. 1/9/2020. Serie C No. 411.

las instancias del Sistema Interamericano, que se suman a los que se consumieron en la tramitación de las causas judiciales en el ámbito interno. Por otra parte, es solo un “final” en términos relativos, ya que le sigue un arduo proceso de supervisión de cumplimiento que recién comienza. Ninguna de las víctimas llegó a ver el resultado de sus denuncias. Lamentablemente, ambas fallecieron durante su trámite.

En las páginas que siguen se cuenta esa historia. El trabajo inicia con un breve relato sobre la tramitación de los procesos internos de Carlos Alberto Fernández Prieto y de Carlos Alejandro Tumbeiro. Luego continúa con una descripción de la etapa de elaboración de la denuncia internacional, una vez que fueron agotadas las instancias domésticas. Sigue con un detalle del trámite internacional y con una descripción del resultado obtenido ante la Corte IDH. Finalmente, el trabajo presenta algunas conclusiones.

II. El origen de todo: las causas internas de Fernández Prieto y de Tumbeiro

El Sr. Fernández Prieto fue interceptado por la Policía de la provincia de Buenos Aires el 26 de mayo de 1992 mientras se trasladaba en un auto junto con dos personas por la zona de Punta Mogotes, en la ciudad de Mar del Plata. La detención se realizó sin orden judicial y en razón de una presunta “actitud sospechosa”, que jamás fue especificada en el proceso². En ese marco, también sin orden judicial y sin urgencia, los agentes requisaron el vehículo, en el que hallaron -en lo que aquí interesa- estupefacientes.

El Sr. Fernández Prieto contó en un primer momento con una defensa particular, que luego fue sustituida por una defensora pública. Esta defensora, la Dra. Patricia Azzi, asumiría su representación en todas las instancias del trámite escrito, sustanciado con el viejo Código de Procedimientos en Materia Penal (Ley N° 2372). Desde su primera intervención planteó la nulidad tanto de la detención como de la requisa, por su falta de adecuación a la normativa vigente³ y por haber sido realizadas sin orden judicial ni concurrencia de los supuestos que las habilitaban. Cuestionó además la falta de participación efectiva de testigos. La defensora oficial también señaló la necesidad de excluir la prueba obtenida, producto de un procedimiento viciado. En subsidio, realizó planteos vinculados con la acción típica atribuida.

Estos argumentos fueron rechazados. El Sr. Fernández Prieto fue condenado por el Juzgado Federal N° 1 de Mar del Plata a la pena de cinco años de prisión y a una

2 En el expediente interno ni siquiera se alcanza a determinar si la “actitud sospechosa” fue predicada respecto del auto, de la totalidad de sus ocupantes o de alguno de ellos en particular, ya que en sus piezas procesales se adjudica indistintamente a todas las categorías anteriores.

3 Artículos 4 y 184.4 del viejo Código de Procedimientos en Materia Penal, Ley N° 2372.

multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes. Esta condena fue luego confirmada por todas las instancias superiores, pese a los recursos de la defensa. En un fallo dividido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) puso fin al proceso y confirmó las decisiones previas, con las honrosas disidencias de los jueces Petracchi, Fayt y Bossert⁴. El Sr. Fernández Prieto estuvo preso cerca de tres años por esta causa, hasta la obtención de su libertad condicional.

Por su lado, el Sr. Carlos Alejandro Tumbeiro fue detenido el mediodía del 15 de enero de 1998 por la Policía Federal Argentina mientras caminaba por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A requerimiento de los policías, acreditó su identidad con un documento válido. Sin embargo, los agentes consideraron que presentaba un “estado de nerviosismo” y que iba vestido con prendas⁵ que no se ajustaban a las utilizadas por la gente de la zona, lindera a un barrio de emergencia. Primero, le solicitaron que sacara lo que tuviera en sus bolsillos y que lo exhibiera. Luego, aun cuando no encontraron nada ilícito en su poder, lo “invitaron” a subir a un patrullero, donde le indicaron que se bajara los pantalones y la ropa interior. Finalmente convocaron a dos testigos, a quienes les dijeron que se había hallado droga en poder del detenido, en un diario que se encontraba junto a él en el asiento trasero del patrullero. Todo el procedimiento reseñado se realizó sin ninguna orden judicial que lo habilitara y sin ninguna clase de urgencia.

El Sr. Tumbeiro fue asistido desde el inicio de la causa por la defensa pública, que pidió la nulidad de todo lo actuado y la exclusión de la prueba obtenida; resaltó el incumplimiento de la normativa vigente⁶; indicó las deficiencias del acta de detención; atacó el procedimiento por no contar con testigos y señaló las contradicciones entre las versiones policiales. En especial, la defensa destacó la debilidad de las razones que se esgrimieron para la detención por su carácter subjetivo, equívoco y discriminatorio. En subsidio, hizo planteos vinculados con la acción típica imputada y con su constitucionalidad. Este proceso, a diferencia del anterior, se sustanció con las reglas del Código Procesal Penal de la Nación, según ley N° 23.984.

Ninguno de los planteos fue aceptado. Por mayoría de votos, el 26 de agosto de 1998 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal condenó al Sr. Tumbeiro a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, y a una multa de ciento cincuenta pesos por el delito de tenencia simple de estupefacientes. También dispuso reglas de conducta por un plazo de un año y medio, entre las que in-

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 321:2947.

5 De acuerdo con las constancias del expediente judicial, el Sr. Tumbeiro iba vestido con un pantalón de jean azul, una camisa a cuadros y unos zapatos negros. Es decir: ropa de uso absolutamente regular.

6 En especial, artículo 248 del Código Procesal Penal de la Nación (redacción según Ley N° 23.984) y Ley N° 23.950.

cluyó la realización de tareas comunitarias. La condena no se fundó en mucho más que la versión de un único policía, que en su declaración en juicio incluso reconoció que detener gente que no parecía de la zona “*era la forma de trabajar*” y que se les requería justificar su permanencia allí.

Si bien esa condena fue revertida por la entonces Cámara Nacional de Casación Penal, con posterioridad fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se ciñó a la jurisprudencia derivada de su fallo “Fernández Prieto” y convalidó el procedimiento sobre la base de las razones ofrecidas por el personal policial. Nuevamente, los jueces Fayt, Petracchi y Bossert emitieron votos en disidencia, en esta oportunidad con una mera remisión al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC)⁷.

III. Las denuncias internacionales y el proceso ante la Comisión Interamericana

La Defensoría General de la Nación cuenta con una atribución pionera en la región, que permite al organismo ejercer la representación de presuntas víctimas ante instancias internacionales. Esta atribución se justifica de diversos modos. Por una parte, se reconoció explícitamente en la Ley N° 24.946 del año 1998 (artículo 51.v) y fue luego ratificada a través de la Ley N° 27.149 del año 2015 (artículo 35.x). Por otra parte, hace al cometido central de la institución de defender los derechos humanos y garantizar el acceso a la justicia. Además, se deduce de su carácter de organismo verdaderamente autónomo de cualquier otro poder del Estado (artículo 120, Constitución Nacional).

La forma de asumir esa facultad ha tenido variaciones reglamentarias a lo largo de los años⁸, pero ha mantenido un criterio transversal basado en la intervención en casos de especial interés para la defensa pública que pudieran resultar en el desarrollo de estándares de protección amplios y en la adopción de medidas de carácter general para prevenir o reparar violaciones de derechos⁹. Por otra parte, la intervención frecuentemente se da a instancias de los propios defensores/as oficiales, que son quienes remiten los casos para su evaluación. Así, se intenta en

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 325:2485. El artículo 280 del CPCC, en lo que aquí importa, dispone: “[...] la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

8 En la actualidad, se ejerce a través del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos del organismo y se regula a través de la Resolución de la Defensoría General de la Nación (Res. DGN) N° 1285/2017. Disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/aplicacion_derechos_humanos/DGN%201285-17.pdf

9 Véase Res. DGN N° 1285/2017, cit., artículo 4.

sede internacional continuar estrategias de defensa que no tuvieron recepción en el ámbito local pese a que se dirigían a hacer valer disposiciones convencionales. En los casos que nos ocupan, el Sr. Fernández Prieto requirió la asistencia del Ministerio Público para acudir a la vía supranacional una vez que el fallo de la Corte Suprema de Justicia agotó las instancias internas de reclamo. La solicitud fue aceptada y en el año 1999 la Defensoría General de la Nación remitió la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Acompañó esta petición de antecedentes relevantes, de prueba periodística, de artículos de doctrina y de la opinión de expertos que cuestionaron la actividad estatal denunciada¹⁰. Luego, se hizo un análisis similar respecto del caso del Sr. Tumbeiro y en el año 2003 se remitió su denuncia a la CIDH.

En los procesos iniciados, la Defensoría General de la Nación señaló una afectación de los derechos a la libertad personal, a la vida privada, a las garantías del debido proceso y a la protección judicial en perjuicio de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro (artículos. 7, 11, 8 y 25 de la CADH). Además, cuestionó la existencia de regímenes legales laxos e indeterminados en lo que se refiere a la posibilidad de las fuerzas de seguridad de actuar sin orden judicial (artículo 1.1 y 2 de la CADH). En el caso del Sr. Tumbeiro se indicó también una violación al principio de igualdad y no discriminación por las razones aducidas para validar la intervención de las fuerzas de seguridad y por su convalidación jurisdiccional posterior (artículos. 1.1 y 24 de la CADH).

Ambas peticiones se acumularon en el trámite ante la Comisión Interamericana. No obstante, el Estado tuvo un comportamiento dispar respecto de ellas. Mientras que en el caso del Sr. Fernández Prieto optó por defenderse, en el del Sr. Tumbeiro ofreció una solución amistosa y jamás presentó observaciones ante la CIDH dirigidas a cuestionarlo¹¹. La indeterminación de ese ofrecimiento, así como la inconveniencia de desvincular situaciones que respondían a una “práctica” común, marcó la oposición de la Defensoría General de la Nación al desglose de las peticiones y motivó la continuidad contenciosa del proceso unificado.

10 Luego de presentada la denuncia, la Defensoría General de la Nación acompañó tres dictámenes críticos de la actuación doméstica en el caso, realizados por los Dres. Alejandro Carrió, Juan Carlos Wlasic y Héctor Magariños. Al último de los nombrados –por entonces no sólo profesor universitario sino también juez de Tribunal Oral- su colaboración en el caso le valió una sanción de multa por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego dejada sin efecto por el Consejo de la Magistratura de la Nación.

11 El Estado remitió a la CIDH un dictamen de la Secretaría de Derechos Humanos sobre el caso del Sr. Tumbeiro, en el que se opinó que “la actuación policial estuvo fundada en criterios discriminatorios y regresivos, basados en la subjetividad de los preventores, puesto que sólo se invocó el estado de nerviosismo, el aspecto y la vestimenta del peticionario para solicitar su identificación y requisas, sin sustentar la actuación en norma alguna”. Sobre esa base, el Estado solicitó la apertura del espacio de solución amistosa referido, que finalmente no se inició.

En el año 2012 la CIDH emitió el Informe de Admisibilidad N° 5/12¹². Luego, se inició la sustanciación de la etapa de fondo, donde la Defensoría General amplió sus consideraciones pero el Estado omitió presentar nuevas observaciones o defensas. Pasados cinco años, la CIDH resolvió en diciembre de 2017 el mérito del asunto en el Informe de Fondo N° 129/17¹³, en el que concluyó que el Estado argentino era responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, vida privada y protección judicial de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. A su vez, recomendó al Estado reparar integralmente a las víctimas y disponer medidas legislativas, administrativas o de otra índole para evitar la repetición de las violaciones declaradas.

La determinación de responsabilidad internacional del Estado trajo algo de justicia para los casos del Sr. Fernández Prieto y del Sr. Tumbeiro, pero sólo el primero alcanzó a conocerla. Mientras que hubo numerosas conversaciones con el Sr. Fernández Prieto en ese entonces, dirigidas a evaluar los pasos a seguir luego de la decisión de fondo adoptada por la CIDH, el Sr. Tumbeiro falleció antes de este importante evento y su caso fue seguido a través de la intervención de sus familiares.

IV. El caso ante la Corte Interamericana

El caso fue remitido a la Corte IDH el día 13 de noviembre de 2018, después de un compás de espera de un año dirigido a posibilitar que el Estado cumpliera las recomendaciones efectuadas por la CIDH, lo que nunca ocurrió¹⁴. Si bien existieron intercambios entre las partes durante ese período, no hubo acuerdo respecto de las acciones que deberían haber tenido lugar para abordar las prácticas denunciadas y satisfacer así las indicaciones de la Comisión. De hecho, una propuesta concreta de cumplimiento remitida por la Defensoría General no obtuvo ninguna respuesta del Estado, lo que marcó el punto de inflexión que determinó la solicitud de elevación del caso a la Corte IDH¹⁵.

12 CIDH. Informe N° 5/12. Caso 12.315. Admisibilidad. *Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro*. Argentina. 19/3/12.

13 CIDH. Informe N° 129/17. Caso 12.315. OEA/Ser.L/V/II.165 Doc. 155. 25/10/17.

14 Si bien la CADH dispone en su artículo 51.1 un plazo de tres meses para la remisión del caso a la Corte IDH, el artículo 46 del Reglamento de la CIDH establece la posibilidad de prorrogar ese período a solicitud del Estado involucrado, siempre que renuncie a la interposición de excepciones preliminares por vencimiento de plazo en un eventual litigio ante la Corte IDH y se den otras condiciones reglamentarias. Eso explica por qué, en la práctica, los casos no siempre se elevan al tribunal dentro del plazo convencional, lo que por otra parte tiene lógica a tenor de la complejidad que en ocasiones reviste el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH.

15 Con posterioridad a la adopción del Informe de Fondo N° 129/17, la Defensoría Gene-

En su nota de remisión, la CIDH expresó que:

[A]demás de la necesidad de obtención de justicia, la Comisión destaca que el presente caso permitirá a la Corte profundizar su jurisprudencia sobre los requisitos y condiciones en las cuales las personas pueden ser detenidas por agentes policiales cuando no exista una orden judicial ni flagrancia. Particularmente, las salvaguardas para asegurar la legalidad y no arbitrariedad de facultades policiales de detención en base al criterio de ‘sospecha’; y la validez bajo la Convención Americana, del uso en el proceso penal de las pruebas obtenidas durante dicho acto¹⁶.

Asimismo, señaló que los hechos denunciados comprometían el “orden público interamericano”.

En el plazo reglamentario, la Defensoría General de la Nación, en representación de las víctimas, presentó su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas (ESAP), que tomó las conclusiones de la CIDH en su informe de fondo, a la par que incluyó también afectaciones de derecho adicionales y detalló todo lo referido a las reparaciones. Sobre el primer punto, si bien la CIDH realizó consideraciones sobre el principio de igualdad y no discriminación respecto de la situación del Sr. Tumbeiro, no incluyó una violación específica de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, aspecto que sí se incorporó al ESAP en ejercicio de la facultad autónoma que tienen las víctimas para encuadrar jurídicamente la base fáctica fijada por la CIDH en su informe de fondo¹⁷. Por otro lado,

ral propuso al Estado distintas medidas dirigidas al cumplimiento, entre las que se incluyó: el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado; la difusión del informe de fondo hacia el interior del Poder Judicial y las fuerzas de seguridad; la incorporación de una nota marginal en las decisiones de la Corte Suprema (Fallos 321:2947 y Fallos 325:2485) que indique que las sentencias fueron declaradas contrarias a las obligaciones impuestas por la CADH; el establecimiento de indemnizaciones económicas para las víctimas; la adecuación normativa de las leyes procesales penales a los estándares en materia de detenciones y requisas sin orden judicial; el diseño de protocolos reglamentarios para las fuerzas de seguridad; la adopción de medidas para procurar la uniformidad de las normas provinciales en el territorio nacional; medidas de capacitación para las fuerzas de seguridad y las autoridades judiciales, entre otras. Como luego se verá, ante la Corte IDH se insistió con estas medidas de reparación y buena parte de ellas se receptaron en la sentencia del caso.

16 Véase nota de remisión del caso de fecha 13/11/18. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp?Year=2018>

17 De acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la Corte Interamericana, los representantes de las víctimas tienen libertad para encuadrar jurídicamente los hechos siempre que se respete la plataforma fáctica fijada por la Comisión Interamericana en su informe de fondo. Véase Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25/11/13, párr. 22; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/8/10,

las recomendaciones genéricas realizadas por la Comisión Interamericana a modo de reparación integral fueron objeto de tratamiento pormenorizado en el ESAP, conforme al detalle que se menciona luego en este trabajo.

Además, el ESAP incluyó un apartado completo de análisis de contexto, dirigido a mostrar que los hechos se produjeron en un escenario que los excedía y que eran una muestra de prácticas extendidas de las fuerzas de seguridad, amparadas por un control laxo del Poder Judicial. También se señaló que las conductas no se habían modificado en lo sustancial, sino que persistían a la fecha. Además, se destacó el impacto de las decisiones de la CSJN en los casos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro” en los desarrollos judiciales posteriores, para lo cual se citaron ejemplos y se ofrecieron peritajes específicos dirigidos a probar la afirmación¹⁸.

El informe de fondo y la posición de las víctimas tuvieron originalmente una respuesta contenciosa por parte del Estado, en la que mantuvo la línea argumental esgrimida en el trámite ante la CIDH, en esta oportunidad extendida a ambos casos. Si bien no se atacaron los hechos denunciados ni la prueba, se defendió la validez de los procesos locales y se solicitó que el caso se desestimara en todos sus términos. La posición sustantiva del Estado podría resumirse así: los procesos se iniciaron de forma válida en ejercicio de funciones policiales generales de prevención del delito y las detenciones se sucedieron una vez que se hallaron estupefacientes ante la existencia de un supuesto de “flagrancia”. En otras palabras, una especie de continuidad internacional del posicionamiento seguido por las instancias locales.

Poco antes de la celebración de la audiencia pública ante la Corte IDH se dieron dos sucesos trascendentes. Por una parte, el Sr. Fernández Prieto falleció el 5 de febrero de 2020 en la provincia de Córdoba, sin tener la posibilidad de ser oído ante el tribunal interamericano¹⁹. Por otra parte, el Estado -representado por una nueva gestión de gobierno- modificó 180 grados su conducta procesal ante la Corte IDH

párr. 237; caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/1/09, párr. 32; caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1/7/11, párr. 134; entre otros.

18 En el ESAP se ofrecieron los peritajes de Hernán Gullco y de Sofía Tiscornia, los que fueron aceptados por la Corte IDH y se produjeron en audiencia pública. El Estado no ofreció prueba pericial ni de otro tipo, pese a que en esta etapa del proceso asumió una posición contenciosa. Por su parte, la Comisión ofreció el peritaje de Juan Pablo Gomara, el que se produjo de modo escrito.

19 En el ESAP se había ofrecido como prueba la declaración testimonial del Sr. Fernández Prieto en audiencia pública, “para que aporte mayor detalle sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que lo damnificaron, y sobre el impacto que ello tuvo en su vida personal, familiar y de relación, así como en el ámbito laboral y en su estado de salud”. En ese mismo escrito también se ofrecieron las declaraciones testimoniales de la ex esposa del Sr. Tumbeiro y de su hijo mayor, para producir mediante *affidavit*.

y reconoció su responsabilidad internacional por la afectación de derechos denunciada en ambos casos. Esta posición, primero plasmada en un documento conjunto acordado con la Defensoría General de la Nación, fue ratificada luego en la audiencia pública mencionada y en los alegatos finales escritos de la delegación estatal.

El reconocimiento de responsabilidad internacional no obturó el dictado de una sentencia de la Corte, ya que dentro de sus competencias está la de analizar los términos de un allanamiento²⁰. Por otra parte, la representación de las víctimas había señalado específicamente la necesidad de adoptar un pronunciamiento que desarrollara estándares y que estableciera con precisión las reparaciones, aspecto también apoyado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por el propio Estado.

IV.1 La sentencia

En su decisión, la Corte IDH valoró el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado, así como su contribución al proceso y a la vigencia de los principios que inspiran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos²¹. Además, entendió que constituía un allanamiento compatible con la Convención, con un alto valor simbólico. Sin perjuicio de lo anterior, realizó diferentes consideraciones sobre los hechos, el derecho invocado y las medidas solicitadas, en tanto “contribuye a la reparación de las víctimas, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”²².

En lo que más interesa a este comentario, la Corte Interamericana tuvo por probado que la situación de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro se dio en un contexto general de detenciones y requisas arbitrarias en la Argentina, que persiste en la actualidad²³. Citó como fundamento diferentes informes internacionales que expresaron preocupación sobre la situación del país al respecto, así como jurisprudencia previa relativa al asunto. Este encuadre general marcó los desarrollos posteriores y, además, las medidas de reparación finalmente ordenadas por el tribunal.

Luego, la Corte detuvo su análisis en los límites al uso de las facultades policiales de detención y requisa sin orden judicial, así como en el cuestionamiento de las deficiencias normativas que habilitan ese tipo de prácticas y en la falta de control judicial adecuado. A su vez, con base particular en el caso del Sr. Tumbeiro, la Corte IDH realizó importantes consideraciones sobre la aplicación del principio de no discriminación, y sobre las intervenciones policiales basadas en prejuicios y estereotipos.

20 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 19.

21 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 20.

22 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 21.

23 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 33, 96 y 98.

El tribunal cuestionó las detenciones por fuera de los supuestos legales²⁴ y sin elementos objetivos, así como la inclinación jurisdiccional a convalidarlas sobre la base de los resultados obtenidos y de los presuntos fines perseguidos -en el caso, la invocación genérica de “la prevención del delito” o la “lucha contra el narcotráfico”-. Indicó, además, que las acciones policiales y judiciales no cumplieron con los estándares de legalidad y no arbitrariedad, a la par que significaron una afectación a la vida privada de las víctimas.

En este punto fue especialmente ilustrativo el peritaje rendido por la Dra. Sofía Tiscornia, que puso en contexto histórico las prácticas cuestionadas y las fórmulas a las que corrientemente apelan las fuerzas de seguridad ante la ausencia de indicadores objetivos que justifiquen su accionar. En concreto, la perita señaló que “los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear en las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma presurosa’, solo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas”²⁵.

Además, la Corte IDH realizó un pronunciamiento específico sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido, indicó que:

Las razones que motivaron la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar.

Agregó que:

[a]nte la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la CADH.

Luego, concluyó que:

[c]uando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención²⁶.

24 En ambos casos, la Corte IDH consideró que más allá de las deficiencias de la normativa vigente, las detenciones ni siquiera se habían ajustado a ella.

25 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* párr. 86. Véase también párrafo 80.

26 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 81. La Corte IDH apoya

En definitiva, el tribunal estableció una importante prohibición al uso de perfiles discriminatorios²⁷.

Estas apreciaciones cobran especial relevancia en el caso, ya que toman el posicionamiento autónomo de la representación de las víctimas sobre la cuestión. Si bien la Comisión Interamericana no había incluido una declaración específica de responsabilidad por afectación de esos artículos, tanto en el ESAP como en los Alegatos Finales se señaló que la intervención de los agentes en el caso del Sr. Tumbeiro se había orientado por estereotipos sobre el lugar de arraigo, el origen social y la posición económica de los habitantes. Se resaltó también que el propio policía que declaró en juicio reconoció que el Sr. Tumbeiro no fue el primero en sufrir estas prácticas, ya que constituían la “*forma de trabajar*” en la zona. Se indicó que ese tipo de comportamiento institucional funciona en los hechos como un modo de “*control demográfico*” basado en estereotipos y en prejuicios, que genera diariamente numerosas interacciones con las fuerzas de seguridad que no son registradas ni hacen parte de las estadísticas.

Finalmente, en cuanto a los procedimientos de requisa de personas y vehículos, la Corte IDH recordó que solo pueden ser efectuados en los supuestos legales establecidos y previa orden judicial motivada. Señaló que en el caso del Sr. Fernández Prieto no estaba regulada legalmente la posibilidad de requisar un automóvil. Respecto del Sr. Tumbeiro, luego de analizar críticamente el procedimiento de registro corporal por inexistencia de criterios objetivos, falta de urgencia y desproporción, destacó que:

Si bien pueden existir situaciones excepcionales en las que la prevención del delito como un fin legítimo cuya consecución es atribuida a los cuerpos de seguridad estatales, y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, pueda justificar la práctica de una requisa, la Corte estima que esta en ningún caso puede resultar desproporcionada y tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad²⁸.

Es decir, la Corte IDH indicó que no sólo se requieren elementos objetivos que señalen la posible comisión de un delito para proceder a la realización de registros, sino que además se exige una situación de urgencia que imposibilite la obtención de una orden judicial. Además, para los casos habilitados estipuló condiciones específicas de realización del procedimiento, de modo de garantizar una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto.

El abordaje jurídico reseñado se ajusta a su vez a las reparaciones ordenadas por la

a su vez sus conclusiones en el peritaje rendido por el Dr. Juan Pablo Gomara.

27 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 82.

28 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 109.

Corte Interamericana, otro de los aspectos medulares en juego. Tanto la CIDH como los representantes de las víctimas habían solicitado una amplia gama de medidas de reparación, que en este último caso fueron exhaustivamente especificadas en el ESAP y en los Alegatos Finales²⁹. Si bien la Corte IDH fue algo más acotada en la disposición y en el detalle de las reparaciones acordadas, en lo principal siguió lo solicitado.

Entre las que más interesan a este trabajo, ordenó la indemnización de las víctimas en beneficio de sus sucesores y, como “medidas de no repetición”, la adecuación de la legislación interna a los estándares desarrollados en el caso, ya que consideró que aquella era de carácter vago, general y permitía una enorme discrecionalidad policial³⁰. También impulsó la creación de un sistema de recopilación de datos y cifras sobre detenciones, registros y requisas cuando no media orden judicial, que especifique los casos que fueron efectivamente judicializados e identifique el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Por último, ordenó la realización de un ambicioso plan de capacitaciones a las fuerzas de seguridad, integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal, con lineamientos específicos.

IV.2 Algunas notas críticas

Entre los puntos críticos del desarrollo de estándares, puede mencionarse que la Corte Interamericana apenas abordó un aspecto que había sido destacado por la CIDH en su informe de fondo y en su nota de remisión del caso, y que también había sido objeto de una ocupación específica en el ESAP y en los peritajes rendidos³¹, vinculado con la necesidad de excluir la prueba obtenida como producto de procedimientos viciados.

Este asunto era de vital importancia, ya que uno de los argumentos sostenidamente esgrimido por las defensas de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro en sus procesos locales fue la necesidad de declarar la nulidad de las intervenciones policiales y de excluir la prueba obtenida como consecuencia. Este argumento no tuvo recepción en sede interna; por el contrario, a través de los resultados obtenidos *ex post* las autoridades judiciales validaron una intervención policial viciada en su origen.

29 Entre otras, indemnización para los familiares; anulación de las condenas impuestas y anotación marginal en las sentencias de la CSJN, que las señale como violatorias de la CADH; reformas legislativas que clarifiquen taxativamente los supuestos de detenciones y requisas sin orden; establecimiento de protocolos ajustados a esas nuevas normativas; criterios de uniformidad en la aplicación a nivel federal y en las distintas jurisdicciones del país; capacitaciones de las fuerzas de seguridad y de los operadores del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal; y sistemas de información y de registro estadístico.

30 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 122.

31 Véase al respecto el peritaje escrito del Dr. Juan Pablo Gomara y el peritaje ofrecido en audiencia pública por el Dr. Hernán Gullco.

Sin embargo, lo referido a la regla de exclusión no fue exhaustivamente tratado, quizás por las distintas aristas que presenta según el caso o por la inexistencia de un consenso al interior del tribunal. Si bien la Corte IDH señaló acertadamente que “una actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales”³², no aprovechó la oportunidad para tratar en mayor medida un extremo que nunca fue abordado en su jurisprudencia, a no ser por las indicaciones específicas que existen sobre la exclusión de prueba obtenida a través de tortura o coacción, supuestos distintos a los aquí involucrados y regidos por normativa específica.

Otra nota crítica de la resolución de la causa se vincula con el rechazo de una medida específicamente solicitada por los representantes y dirigida a colocar una anotación marginal junto a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Fallos 321:2947 (“Fernández Prieto, Carlos Alberto”) y de Fallos 325:2485 (“Tumbeiro, Carlos Alejandro”) que indique la incompatibilidad de aquellas con la Convención Americana. Esta medida resultaba relevante en términos simbólicos, a tenor del enorme impacto que esa jurisprudencia inadecuada tuvo en el comportamiento de los tribunales locales y de las fuerzas de seguridad. No obstante, no fue receptada por la Corte Interamericana, que estimó que las medidas acordadas ya resultaban suficientes y adecuadas³³.

Finalmente, también puede cuestionarse el escaso detalle ofrecido por la Corte IDH en materia de adecuación normativa. Si bien desarrolló los estándares específicos que deberían orientar las reformas³⁴, pudo ser aún más explícita en la disposición de la orden de reparación, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades que por lo general presenta la ejecución de ese tipo de medidas y el riesgo de distorsión que existe en su proceso de discusión local.

Es claro que la Corte IDH no se encuentra atada a lo que aleguen las partes, pero resulta útil tener presente que la representación de las víctimas había ofrecido lineamientos concretos para una eventual reforma legal sobre detenciones y requisas sin orden judicial³⁵. Estos lineamientos no fueron expresamente incluidos en la orden

32 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 83.

33 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 129. Sin perjuicio de la indicación explícita de la Corte, la negativa también podría explicarse a la luz de las repercusiones que ese tipo de medida de reparación ha tenido en el caso *Fontevecchia*. Véase Corte IDH, caso *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. 18/10/17, párr. 12-35.

34 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 90.

35 En ese sentido, en el ESAP y en los Alegatos Finales se solicitó que la legislación incorpore la necesidad de “(a) indicar las circunstancias objetivas en las que procede una detención y/o requisas sin orden judicial, y siempre con relación concreta a la comisión de un

de la Corte sobre el punto específico. Sin embargo, con sutiles diferencias, fueron incorporados a la medida de reparación referida a las capacitaciones del personal policial y del sistema de administración de justicia. Sobre esa base, es claro que también afectan a la orden de adecuación normativa aquí tratada, por cuanto no podrían establecerse capacitaciones respecto de estándares que no se exigen a la propia ley llamada a regir las actuaciones.

V. Conclusiones

El trámite reseñado en este trabajo es relevante por muchos factores, así como el proceso de supervisión de cumplimiento que ahora se inicia.

Por una parte, se sustanció a partir de un caso íntegramente llevado adelante por la defensa pública, en ejercicio de una dimensión fundamental de su autonomía y en cumplimiento de su función de garantizar el acceso a la justicia. En ese sentido, es una muestra de la trascendencia que reviste la actuación internacional del Ministerio Público de la Defensa y de la interrelación que aquella presenta con la desempeñada a nivel local cuando están en juego obligaciones convencionales suscriptas por el país.

Por otra parte, este trámite ofreció una nueva posibilidad de desarrollar estándares sobre una materia que aún presenta enormes deficiencias desde un enfoque de derechos humanos. La decisión en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* no es aislada, sino que hace parte de una progenie de resoluciones de la Corte IDH que han cuestionado actuaciones policiales y judiciales argentinas contrarias a las disposiciones internacionales. Basta ver al respecto casos como *Bulacio*³⁶, *Torres Millacura*³⁷ o *Acosta Martínez*³⁸, que incluyen aspectos que se solapan con los aquí involucrados y que todavía se encuentran en etapa de ejecución.

Además, este caso permitió avanzar en un sentido auspicioso en el establecimiento

ilícito; (b) indicar que dichas circunstancias deberán ser de carácter previo a todo procedimiento y de interpretación restrictiva; (c) indicar que deben darse junto con una situación de urgencia que impida solicitar la correspondiente orden judicial; (d) indicar la carga de las fuerzas de seguridad de dejar constancia exhaustiva en las actas de procedimiento de los motivos y circunstancias que dieron origen a la detención y requisa, y que impidieron la obtención de la correspondiente orden judicial, tanto en aquellos casos en que existan resultados positivos como negativos, a fin de posibilitar un adecuado control judicial posterior; (e) indicar expresamente la prohibición de uso de perfiles discriminatorios”.

36 Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18/9/03.

37 Corte IDH, caso *Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/8/11.

38 Corte IDH, caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/8/20.

de “garantías de no repetición”. Entre ellas destaca la que involucra la adecuación de la legislación cuestionada, aun cuando pudo ofrecerse un detalle más explícito al respecto. Si bien la Corte IDH ha mejorado los procesos de supervisión de este tipo de medidas, en la práctica presentan una compleja instrumentación y un importante riesgo de distorsión. Sólo por mencionar ejemplos de incumplimiento, nuestro país todavía adeuda la reforma del régimen penal juvenil dispuesta en el caso *Mendoza*³⁹ en 2013, así como la reforma del régimen recursivo contra la sentencia condenatoria derivada de ese mismo caso y de otros posteriores como *Gorigoitía*⁴⁰ y *Valle Ambrosio*⁴¹.

También destacan otras medidas de reparación dispuestas por la Corte IDH en la misma dirección, como ser la creación de registros estadísticos que permitan evaluar adecuadamente el uso de las atribuciones policiales sin orden judicial, así como el establecimiento de programas de capacitación continua a las fuerzas de seguridad y a los operadores jurídicos, en particular en el ámbito del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, hay un aspecto donde el proceso reseñado en este trabajo muestra su principal falencia: su capacidad para dar satisfacción a las víctimas directas. Ninguna de ellas alcanzó a ver el resultado de su búsqueda de justicia y, como bien señaló la presidenta de la Corte IDH en la audiencia pública, los Estados y el Sistema Interamericano tienen que ser capaces de mejorar para que esto no ocurra. Los largos períodos de trámite generan un enorme desgaste en las víctimas y en sus familiares. En casos de esta naturaleza, ese tiempo transcurre junto con las condenas que se impugnan y junto con la vida de quienes cargan con ellas.

En suma, a modo de corolario puede suponerse que este no es el final del difícil camino que atraviesan los derechos frente al uso abusivo del poder estatal, sino tan solo la renovación de la expectativa de que algo así finalmente ocurra. Por este caso y por tantos otros.

39 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14/5/13.

40 Corte IDH, caso *Gorigoitía y otros vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2/9/19.

41 Corte IDH, caso *Valle Ambrosio y otro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20/7/20.

Silvia Edith Martínez

Defensora Pública Oficial en lo Criminal. Defensora Pública Interamericana. Profesora Adjunta (UBA).

De detenciones, requisas y discriminación: los casos Fernández Prieto y Tumbeiro ante la Corte IDH ¹

La Argentina cuenta con una larga y triste historia de detenciones y requisas arbitrarias. Casi siempre habilitadas o validadas por prácticas judiciales que, con interpretaciones ambiguas y recurriendo a controles laxos y burocráticos, terminaron legitimando enormes espacios de arbitrariedad.

Hicieron falta veinte años de trámite internacional para que finalmente, el 1 de septiembre de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) dicte sentencia en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*², la que se suma a otros pronunciamientos en los que condenó a la República Argentina en función de detenciones que reputó contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)³.

Este fallo tendrá (o debería tener) fuerte incidencia no solo en la actuación cotidiana de las fuerzas policiales y de seguridad en la vía pública sino, además -y, sobre todo-, en los sistemas judiciales.

I. La gestión del caso por la defensa pública argentina. Algunas decisiones estratégicas

1 El presente texto fue realizado tomando como base el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (ESAP) y los alegatos finales presentados en el caso, para cuya elaboración fue central el trabajo del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación (DGN). Vaya aquí mi reconocimiento por la gran tarea realizada.

2 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. 1/9/202020.

3 Ver, por ejemplo: Corte IDH. *Bulacio vs Argentina*, 18/9/2003.

El caso, en el orden internacional, fue llevado íntegramente por la defensa pública argentina, y prácticamente la totalidad de ambos procesos -“Fernández Prieto” y “Tumbeiro”- a nivel local fueron gestionados también por defensoras y defensores públicos.

El litigio ante el sistema interamericano exigió tomar decisiones estratégicas en lo relativo a la prueba a ofrecer y al modo de presentar aquellos aspectos que era importante fortalecer.

En ese sentido, la representación de las víctimas decidió ofrecer dos peritajes que abordaran los aspectos centrales del caso desde dos puntos de vista profesionales diferentes pero complementarios. Se propuso, así, un peritaje antropológico a cargo de la Dra. en Antropología Jurídica Sofía Tiscornia y un peritaje jurídico a cargo del Dr. Hernán Gullco.

Los aspectos antropológicos a desarrollar durante el juicio pretendían aportar una perspectiva técnica acerca de las prácticas de las fuerzas de seguridad y de los operadores judiciales a la época de los hechos denunciados. Adicionalmente, debían abarcar su evolución posterior ofreciendo un panorama general sobre las intervenciones de las fuerzas de seguridad sin orden judicial, en el marco de procedimientos de detención y requisa en la vía pública. La Dra. Tiscornia también fue propuesta para desarrollar la existencia de patrones de comportamiento policial en las distintas jurisdicciones del país, y respecto de la forma en que las prácticas de las fuerzas se articulan con la labor de los operadores del sistema de administración de justicia.

En el orden jurídico, el perito Gullco tuvo a su cargo el desarrollo de la perspectiva acerca del contenido y alcance de los derechos a la libertad personal, vida privada, honra, dignidad y garantías judiciales en casos que involucran detenciones y requisas por parte de las fuerzas de seguridad sin orden judicial; ello, a la luz de los estándares internacionales y regionales aplicables a la materia. Asimismo, el peritaje fue solicitado para ofrecer a la Corte un panorama sobre el impacto que los casos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro” tuvieron en el ámbito local y sobre las críticas que las decisiones judiciales recaídas en ellos recibieron por parte de la doctrina penal y constitucional especializada.

La sinergia lograda entre ambos peritos junto con el que fuera propuesto por la CIDH, Dr. Gomara, permitió ofrecerle a la Corte un amplio panorama de lo que sucedía al momento de los hechos (y que aun hoy sigue sucediendo) en materia de detenciones en la vía pública en la República Argentina.

Durante la audiencia pública celebrada en el caso, la perita Tiscornia desarrolló una acabada presentación sobre las prácticas policiales de detención en la vía pública, el modo sesgado en que se realizan y los objetivos no declarados que persiguen. De ese modo pudo mostrar el efecto social que esas detenciones -acompañadas por prácticas judiciales que las legitiman- producen.

Por su parte, los peritos jurídicos analizaron tanto la legislación vigente al momen-

to de los hechos como la actual, y efectuaron un detallado análisis de sus aspectos problemáticos a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, explicaron y analizaron críticamente los estándares adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina (CSJN) en materia de detenciones sin orden judicial, lo que incluyó las decisiones tomadas en los dos casos. Mostraron también cómo las decisiones de la CSJN en “Fernández Prieto” y en “Tumbeiro” permearon luego la jurisprudencia de todo el país, que se unificó bajo estándares contrarios a la Convención.

Este esquema de prueba pericial resultó esencial en la presentación del caso porque permitió demostrar que las detenciones practicadas en los casos bajo análisis no estaban autorizadas por la legislación vigente al momento de los hechos. Incluso si se hubiese considerado que lo estaban, las fórmulas adoptadas por la legislación argentina para admitir detenciones sin orden judicial no cumplían con los estándares exigibles, eran vagas e imprecisas. Esto habilitaba una enorme discrecionalidad para las fuerzas policiales y de seguridad y, por lo tanto, quedó evidenciado que debían ser modificadas porque eran utilizadas con fines diferentes de aquellos para los que habían sido establecidas.

En ese último punto, la intervención de la perita Tiscornia fue esencial para demostrar que no se trataba simplemente de detenciones “erróneas” sino que, por el contrario, respondían a patrones muy utilizados por las policías y resultaban muy útiles a fines espurios que buscaban -esencialmente- disciplinar a grupos particulares que, a ojos de esas fuerzas, requerían ser controlados.

Otro aspecto que requirió una decisión estratégica por parte del equipo que trabajó en el caso fue la consideración de la violación al principio de igualdad y no discriminación regulados por los artículos 24 y 1.1 de la CADH.

El Informe de fondo dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no había contemplado la violación de esos derechos. Sin embargo, a juicio de los representantes uno de los casos (“Tumbeiro”) ofrecía elementos muy claros para considerar violados en forma autónoma esos artículos.

Así entonces, y sin apartarse de lo que constituía la base fáctica del caso, se resolvió solicitar a la Corte que considerara la violación del derecho en cuestión. Para lograrlo, tanto la Dra. Tiscornia como el Dr. Gullco también desarrollaron ese aspecto en sus respectivos peritajes. Esto contribuyó enormemente a que la Corte finalmente declarara la violación del artículo 24 en relación al caso del señor Tumbeiro, aun cuando ese agravio no había sido presentado por la CIDH.

Como consecuencia, la sentencia recaída en el caso ofrece un estándar objetivo y mucho más claro que el que existía al tiempo de su pronunciamiento en materia de detenciones en la vía pública sin orden judicial y derecho a la libertad (artículo 7 CADH). Además, define los contornos de un ámbito de protección más amplio en

relación a los derechos a la vida privada, honra y dignidad (artículo 11 CADH) en casos de requisas practicadas sobre pertenencias personales y vehículos por parte de agentes de las fuerzas de seguridad actuando sin orden judicial.

Adicionalmente, la Corte declaró la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial ocurridas por la falta de control judicial adecuado durante los procesos penales seguidos en contra de las víctimas. Es por ello que resulta ser también un fuerte llamado de atención a los sistemas de justicia en la medida en que ambos casos recorrieron todas las instancias judiciales en la jurisdicción interna sin que las violaciones que se habían perpetrado encontraran remedio, con excepción hecha de una de las múltiples decisiones adoptadas en la que los jueces actuantes reconocieron y declararon las violaciones que más tarde fueron nuevamente desoídas al revocarse lo resuelto.

Es así, entonces que la sentencia recaída en este caso, en la medida que declara a la República Argentina responsable de diversas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, es a un tiempo un mensaje dirigido a las fuerzas policiales y a los sistemas de justicia que convalidaron esas violaciones.

II. Los hechos del caso: las detenciones y requisas fundadas en “actitud sospechosa” y otros argumentos imprecisos y arbitrarios

El caso reúne dos procesos diferentes que fueron unificados durante el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a que ambos guardan estrecha relación fáctica y jurídica, pese a las diferentes normas que los rigieron en sede nacional.

Carlos Fernández Prieto fue detenido el 26 de mayo de 1992 en la ciudad de Mar del Plata. En el procedimiento, los agentes policiales actuantes alegaron que cerca de las 7:00 pm divisaron un vehículo con tres sujetos en su interior en “actitud sospechosa”, sin explicar -ni en el momento de la detención ni durante el proceso en sede nacional- en qué consistía concretamente tal actitud.

Los funcionarios intervinientes, sin orden judicial, interceptaron el vehículo, hicieron descender a todos los pasajeros -entre los cuales se encontraba el señor Fernández Prieto- y procedieron a realizar una requisa que concluyó con el secuestro (en lo que resulta relevante para el caso) de estupefacientes.

Por ese hecho se inició un procedimiento penal en el ámbito de la justicia federal argentina que derivó en la posterior condena de Fernández Prieto a la pena de cinco años de prisión y multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes (artículo 5, inciso c, Ley 23.737).

Por otra parte, el 15 de enero de 1998 funcionarios de la Policía Federal Argentina detuvieron a Carlos Alejandro Tumbeiro mientras caminaba, a plena luz del día,

por un barrio de la Ciudad de Buenos Aires. Por pedido de los agentes, el señor Tumbeiro acreditó correctamente su identidad mediante la exhibición de su documento. Sin embargo, sin mediar motivo concreto para sospechar la comisión de un delito, los funcionarios policiales le exigieron que vaciara sus bolsillos y mostrara sus pertenencias. Tras revisarlo y no habiendo encontrado nada ilícito en su poder, los policías obligaron al señor Tumbeiro a subir a un patrullero, donde fue sometido a una nueva requisita en la que se le requirió que se bajara los pantalones y la ropa interior. Luego, los funcionarios policiales convocaron a dos testigos de procedimiento, a quienes les dijeron que el detenido tenía droga al momento de ser requisado en la vía pública -la misma que se encontraba próximo a él en el asiento trasero del patrullero-.

Según la versión policial, la actitud del señor Tumbeiro “resultaba sospechosa” porque su vestimenta era inusual para la zona en la que circulaba, y por mostrarse evasivo y nervioso ante la presencia del patrullero.

En este punto es importante señalar que en el acta policial labrada se dejó constancia de la “detención de una persona del sexo masculino la cual viste zapatos negros, pantalón jean azul, camisa a cuadros”.

El 26 de agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal condenó al señor Tumbeiro a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso por el delito de tenencia de estupefacientes (artículo 14, Ley 23.737).

III. El proceso en sede nacional e internacional

Ambos casos concluyeron su recorrido judicial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las defensas plantearon la nulidad de los procedimientos realizados afirmando que resultaban violatorios de las garantías constitucionales a la libertad y a la privacidad e intimidad. Pero la Corte, sentando precedentes que, a partir de allí, y salvo honrosas excepciones, modelarían la jurisprudencia de todo el país, confirmó ambas condenas apartándose de tal modo del estándar vigente que había sido fijado en el caso “Daray”⁴.

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Daray”. 22/12/94. Del fallo podía desprenderse un estándar riguroso para el control judicial de las detenciones policiales sin orden judicial previa que exigía: en primer lugar, la existencia de “indicios vehementes de culpabilidad”; en segundo término, la concurrencia de indicios objetivos y no tan solo una impresión subjetiva del agente policial; en tercer orden, que dichos indicios sean exteriorizados por los agentes policiales –y no guardados “in pectore”– a los efectos de que sea posible un control judicial posterior sobre la detención; y por último, la existencia de una urgencia real que impidiera solicitar una autorización judicial para proceder a la detención. La decisión adoptada por la CSJN en el caso “Daray” representó un claro avance en el respeto de las

El 12 de noviembre de 1998 la CSJN emitió el fallo en el caso “Fernández Prieto”⁵, en el que una mayoría de cinco magistrados (sobre un total de ocho) ratificó el fallo condenatorio apelado y validó la detención del señor Carlos Alberto Fernández Prieto argumentando que se había tratado de una actuación prudente y razonable del personal policial.

La mayoría señaló que el artículo 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal vigente al momento de los hechos –que, consideró, regulaba el artículo 18 de la Constitución Nacional (CN)– disponía que los agentes policiales debían detener a las personas que sorprendieran en flagrante delito o respecto de la que existieran indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad⁶. Seguidamente afirmó que para determinar si la medida cuestionada había resultado legítima sobre la base de un estado de sospecha debían examinarse las circunstancias en que tuvo lugar la detención. Para ello hizo referencia, de manera extremadamente confusa y por momentos muy incorrecta, a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos relativa a las nociones de “causa probable”, “sospecha razonable”, “situación de urgencia” y “totalidad de las circunstancias del caso”⁷, que consideró conjuntamente aplicables a la situación del señor Fernández Prieto, sin diferenciar entre esos estándares, claramente aplicables a situaciones diversas⁸.

Al respecto, la mayoría de la CSJN observó que los agentes:

[...] habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un auto-

garantías constitucionales en el proceso penal. Más aun, implicó ahondar en un tema que la Corte Suprema había desatendido hasta ese entonces. Adicionalmente, el pronunciamiento tuvo un impacto sobre los tribunales inferiores, que en forma paulatina adecuaron su jurisprudencia a los estrictos estándares fijados por la Corte Suprema en este precedente.

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fernández Prieto”. 12/11/98. La mayoría estuvo conformada por los votos de Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto Cesar Belluscio, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez. Votaron en disidencia Carlos S. Fayt, Gustavo A. Bossert y -especialmente destacable- Enrique Santiago Petracchi.

6 CSJN. “Fernández Prieto”. 12/11/98.

7 CSJN, “Fernández Prieto” (considerando 8°).

8 Uno de los puntos de pericia para los que fue propuesto el Dr. Gullco en el caso fue, justamente, explicar la diferencia existente entre todos los estándares mencionados en forma conjunta por la CSJN, a fin de probar acabadamente la incorrección de lo resuelto. Para ello, el perito habría de explicar en qué consiste cada uno de ellos, a qué casos -diferentes de los de “Fernández Prieto” y “Tumbeiro”- resultaban aplicables y con qué alcance habían sido utilizados por la jurisprudencia de los Estados Unidos. Finalmente, en atención al reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado días antes de celebrarse la audiencia pública, no fue necesario ahondar en este punto.

móvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en ‘actitud sospechosa’ de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez⁹.

Por lo tanto, concluyó que no había habido irregularidades en el procedimiento que fueran violatorias del debido proceso legal y que los planteos de la defensa oficial no podían prosperar¹⁰. A ello añadió que:

[...] existían razones de urgencia para no demorar el procedimiento hasta recabar la orden judicial de detención [...] pues al tratarse de un vehículo en circulación, esa demora hubiera favorecido tanto la desaparición del bien, como los efectos que se hallaban en su interior y la posible fuga de los ocupantes.¹¹

Como consecuencia, reiterando el argumento de la actitud sospechosa sin explicar en qué habría podido consistir la misma, validó la detención y requisas practicadas.

En este punto, resulta de absoluta justicia señalar que algunos de los jueces de nuestro máximo tribunal emitieron en el caso sendos votos disidentes en los que reafirmaron la vigencia de las garantías judiciales que estaban en juego.

De particular importancia resulta el voto del Juez Enrique Petracchi quien, también con cita en jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, observó que “no solo se desconoce a partir de qué circunstancias se infirió que se trataba de sospechosos, sino que tampoco se expresó cuál era la ‘actitud’ o qué era lo que había que sospechar” y que, por lo tanto, “el control judicial acerca de la razonabilidad de la medida se convierte en poco más que una ilusión”. Y agregó que:

[...] el recurso a una fórmula estereotipada como la “actitud sospechosa” remite a una opacidad indescifrable que no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales, y, por tanto, carece de relevancia cual sea la autoridad de la que éstos emanen. [...]11. Que resulta intolerable sostener [...] que de este modo se coartaría la posibilidad policial de ejercer las facultades de prevención o que se pondría en riesgo el legítimo derecho de los ciudadanos de protegerse frente al delito. No es plausible, es más, me cae redondamente mal, considerar que la exigencia de que se expresen las razones que apoyan una conclusión resulte desmesurada, especialmente si, como consecuencia de ella, habrá de producirse una fuerte injerencia sobre los derechos del individuo¹².

Por su parte, el Juez Carlos Fayt señaló en su disidencia, que:

9 CSJN. “Fernández Prieto” (considerando 15º).

10 CSJN. “Fernández Prieto” (considerando 16º).

11 CSJN. “Fernández Prieto” (considerando 16º).

12 CSJN. “Fernández Prieto” (considerandos 10º y 11º). Voto en disidencia del Juez Petracchi.

[...] de lo actuado en la causa nada persuade de que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable la detención del recurrente y, en todo caso, si esas circunstancias existieron, los agentes policiales las han mantenido in pectore y no han dejado expresión de ellas, lo cual impide comprobar la legalidad del arresto.

Asimismo, sostuvo que:

[...]la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido –el hallazgo de los estupefacientes antes referidos– pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente¹³.

Pocos años más tarde, al ser convocada para resolver en el caso del señor Tumbeiro¹⁴, la CSJN revocó, por mayoría de cuatro votos, la decisión de la Cámara de Casación Penal que lo había absuelto reconociendo las violaciones constitucionales del caso, y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. A su vez, se refirió también a la jurisprudencia estadounidense sobre “causa probable”, “sospecha razonable” y “situaciones de urgencia”, nuevamente sin distinguir cada uno de esos estándares -incluso autoexcluyentes- ni explicar por qué resultarían aplicables al caso. Señaló que en el caso concreto todos ellos resultaban aplicables puesto que la “actitud sospechosa” atribuida al señor Tumbeiro fue “ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes”, recurriendo de ese modo a un argumento de validación consecuencialista y, a la luz de los resultados obtenidos, muy costoso a las garantías constitucionales en juego.

Finalmente, la Corte juzgó que en el procedimiento “no se advierte ninguna irregularidad” y que la sentencia recurrida ignoró “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y omitió valorar el “nerviosismo” del señor Tumbeiro conjuntamente con “las demás circunstancias por las cuales el personal judicial decidió identificarlo”¹⁵.

Luego de concluida definitivamente la instancia judicial en sede nacional, ambos casos fueron presentados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de la Defensoría General de la Nación argentina (DGN). Luego de un extensísimo trámite internacional -que hizo que ninguna de las víctimas llegara a ver reconocidos sus derechos en una sentencia por haber fallecido con anterioridad a su dictado- la Corte Interamericana convocó a audiencia pública en marzo 2020, oportunidad en la que el Estado argentino reconoció las violaciones alegadas, sin perjuicio de lo cual la representación de las víctimas solicitó “el dictado de una sen-

13 CSJN Fernández Prieto. (considerando 9º y 10º). Voto en disidencia del Juez Fayt.

14 CSJN. “Tumbeiro”. 03/10/2002.

15 CSJN. “Tumbeiro”. 03/10/2002.

tencia que fije estándares muy claros y muy precisos en materia de detenciones y requisas sin orden judicial”.

IV. La sentencia de la Corte IDH

Tras concluir el trámite en sede internacional, la Corte IDH dictó sentencia el 1 de Setiembre de 2020.

En el pronunciamiento, el tribunal internacional explicó, en primer lugar, el contexto general sobre detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia existente en nuestro. Así, puso el acento en una práctica que luego declararía contraria a la Convención Americana que no solo existía a la época en que los hechos sucedieron, sino que continúa haciéndolo en la actualidad. De allí la importancia de fijar estándares claros en la materia.

La Corte IDH abona su conclusión con cita de informes y pronunciamientos de diversos organismos internacionales y de precedentes de la propia Corte, así como del peritaje desarrollado durante la audiencia pública¹⁶ por parte de la perita antropóloga Sofía Tiscornia.

En esa ocasión, la experta señaló que mediante estas prácticas de intervención policial:

[...] la prevención del delito lejos está de cumplirse y responde, antes bien, en muchos casos, a fines espurios como el control de actividades de la pobreza para provecho de las fuerzas de seguridad o bien para responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos. En el lenguaje burocrático policial se llama ‘detener para hacer estadística’ o bien, en las peores prácticas, para fraguar delitos o inculpar personas inocentes y desprotegidas¹⁷.

También la perita indicó en su alocución que en el país se detectan patrones territoriales de actuación de las fuerzas de seguridad sesgados por clase social; que muchas personas son detenidas por pertenecer a grupos vulnerables, a barrios populares, a sectores de menores recursos o por “tener cara de estadística”; y que “está demostrado que no hay una correlación entre la cantidad de detenciones y la ocurrencia de delitos”.

El propio Estado, en el reconocimiento de responsabilidad internacional realizado en el marco de la audiencia pública, convalidó esta idea al indicar que:

16 El video de la audiencia pública del caso se puede ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHvijM> Última consulta: 10/06/21.

17 Declaración de Sofía Tiscornia ante la Corte IDH en la audiencia pública celebrada el 11/03/20. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHvijM> Última consulta 10/06/21.

el caso que hoy nos convoca constituye un emblema de lo que se conoció en nuestro país durante la década del 90 como la vigencia del olfato policial. Me refiero a actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad públicas basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación, ni inteligencia previa y por ello, profundamente ineficientes

Estas prácticas de las fuerzas de seguridad se entrelazan a su vez con la actitud complaciente del sistema de administración de justicia, que usualmente no realiza un seguimiento y un control judicial adecuado sobre este tipo de actuación, lo que conlleva una total desprotección de las víctimas, además de desalentar su acceso a la justicia y las priva de la protección efectiva. En particular, los tribunales no suelen analizar con escrutinio estricto los procedimientos llevados a cabo sin orden judicial previa, ni garantizan una revisión integral de las actividades policiales, ni cuestionan la prueba que se obtiene de procedimientos viciados desde su mismo origen.

Al respecto, la perita Tiscornia también fue clara a la hora de indicar que el Poder Judicial tiende a aceptar las versiones policiales y a cristalizarlas en verdades jurídicas. Señaló además que:

La vaguedad de indeterminación del lenguaje y la explicitación de las circunstancias resulta en que el control judicial de las mismas es prácticamente imposible y que paralelamente, dado que dicho control es generalmente tardío, los expedientes se archivan sin ser revisados o los procesamientos continúan sin el debido control¹⁸.

En un abordaje similar, el perito Dr. Hernán Gullco puntualizó en la audiencia las dificultades del Poder Judicial argentino para controlar debidamente la labor policial en los supuestos de excepción y la inexistencia de un escrutinio estricto en ese sentido. Asimismo, el propio Estado en sus palabras finales indicó que “casos como estos fueron posibles y muy comunes porque estas prácticas policiales además resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial”.

Sentada la importancia y, tristemente, la actualidad de las detenciones arbitrarias en Argentina, la Corte IDH ofrece en su sentencia, los estándares que deben adoptarse en materia de detenciones y requisas sin orden judicial.

En este sentido, el organismo reiteró una vez más que el contenido central del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. Por esta razón, la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se cumplen dos requisitos:

18 Declaración de Sofía Tiscornia ante la Corte IDH en la audiencia pública celebrada el 11/03/20. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHVijM> Última consulta 10/06/21.

- 1) Que la detención se produzca por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas, y
- 2) Que la detención se ajuste estrictamente a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas.

De ese modo consideró que si la normativa interna -tanto en el aspecto material como en el formal- no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y necesariamente contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2.

Aunque, claro está, si la detención se practica conforme a las normas internas, ello no bastará para afirmar que fueron realizadas atendiendo a la Convención por cuanto aún restará confrontar la norma misma con los mandatos convencionales, aunque este último aspecto apenas fue revisado en el caso por no haberse superado el primer control de legalidad. Sí lo abordó la Corte a la hora de definir las medidas de reparación y garantías de no repetición.

Sobre esta base, la Corte IDH procedió a analizar si las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro habían cumplido con el requisito de legalidad.

Recordemos, como ya se señalara, que el señor Fernández Prieto había sido detenido mientras circulaba junto con otras personas en un auto, sin orden judicial, sin la existencia de un operativo o investigación previa, sin ninguna razón y bajo la invocación genérica de una supuesta “actitud sospechosa”, que ni siquiera pudo determinarse si fue predicada respecto del auto, de la totalidad de sus ocupantes o de alguno de ellos en particular, lo que descarta de antemano su validez.

Así, en este caso la Corte IDH indicó que la “actitud sospechosa” que motivó la interceptación del vehículo no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible “indicio vehemente o semiplena prueba de culpabilidad” reclamado por la ley procesal vigente al momento de esos hechos¹⁹, porque no era una causal prevista por el Código de Procedimientos en lo Criminal. Siendo contraria a la ley procesal, resultaba por tanto contraria a la Convención.

De ese modo, la Corte concluyó que al incumplirse el requisito de legalidad de la detención se afectaron los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en lo que refiere al Sr. Fernández Prieto.

19 El artículo 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente en la época en que fue detenido Fernández Prieto, disponía que “[e]l jefe de la Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan in fraganti delito y a aquellas contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente”. Por otra parte, el artículo 184.4 de la misma norma establecía que “[...] en los delitos públicos, los funcionarios tendrán las siguientes obligaciones y facultades: Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4”.

En cuanto al señor Tumbeiro²⁰, el Tribunal afirmó que su detención se basó en tres circunstancias que fueron consideradas relevantes: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir esperable en la zona por la que transitaba y c) afirmó que se encontraba buscando un material “totalmente extraño al que podía obtenerse en los comercios aledaños”²¹.

La Corte IDH consideró que ninguna de las razones que brindó la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes que permitieran a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer una infracción penal o contravencional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconcepciones sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial y qué actividades debe realizar en ese lugar.

En ese sentido, luego de tomar en consideración las apreciaciones de los peritos que intervinieron en el caso sobre el uso de perfiles discriminatorios basados en apariencias o pertenencia a determinados grupos sociales, la Corte IDH concluyó que el uso de estereotipos supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos. Esto lleva a que no se evalúen en cada caso las razones objetivas que indican efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, la Corte señaló que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias.

De ese modo la Corte concluyó que la detención de Tumbeiro, basada en su vestimenta, constituyó una violación de los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

20 El Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992 y, por lo tanto, vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro en 1998, establecía en su artículo 284 que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 1°) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; 2°) Al que fugare, estando legalmente detenido; 3°) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4°) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad”. Asimismo, la Ley 23.950 -que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958- disponía que, fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, no se podría detener a las personas sin orden de juez competente, salvo si: “existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad...”.

21 CSJN. “Tumbeiro”. 03/10/2002.

En síntesis, el examen de la normativa que en la época de los hechos de ambos casos autorizaba excepcionalmente a la policía a restringir la libertad personal y ambulatoria de los habitantes sin orden judicial permite advertir que los agentes de seguridad carecían de facultades legales específicas para detener al señor Carlos Alberto Fernández Prieto y al señor Carlos Alejandro Tumbeiro. En este sentido, fue categórico el Dr. Gullco a la hora de indicar que “más allá de las críticas que se puedan hacer respecto de esas normas procesales, el procedimiento policial en esos casos ni siquiera se ajustó a dichas normas; es decir que en base a un concepto de estricta legalidad la justicia argentina debió haber invalidado ambos procedimientos”²².

O, dicho en otros términos, la “actitud sospechosa” alegada en el caso Fernández Prieto no se corresponde con “los indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad” que exigía la norma vigente entonces para autorizar una detención sin orden judicial. Ni “el nerviosismo” ni el modo de vestir pretextados en el caso de Tumbeiro equivalen a los “indicios vehementes de culpabilidad” previstos en el artículo 284 del CPP de la Nación vigente al momento de los hechos ni a las “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad” de la Ley 23.950.

En sentido complementario, puede observarse que lo sucedido en ambos casos forma parte del contexto bien descrito por la Dra. Tiscornia ante la Corte, en cuanto afirmó que “los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear por las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma presurosa’ o ‘quedarse parado en una esquina’, sólo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas”²³. Es decir, las detenciones de ambos casos no respondieron a la aplicación de los supuestos legalmente contemplados sino a la aplicación mecánica de fórmulas burocráticas policiales preestablecidas y estereotipadas.

Asimismo, y de crucial importancia a la hora de evaluar el desempeño de los tribunales nacionales, la corte internacional llamó la atención sobre la imprecisión que se constataba (y aún se constata) en la legislación argentina en cuanto reglaba los

22 Declaración de Hernán Gullco ante la Corte IDH en la audiencia pública celebrada el 11/03/20. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHvijM> Última consulta 10/06/21.

23 Declaración de Sofía Tiscornia ante la Corte IDH en la audiencia pública celebrada el 11/03/20. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHvijM> Última consulta 10/06/21.

supuestos habilitantes para la detención de una persona sin orden judicial. En ese sentido, consideró que:

[...] es necesario que las regulaciones que determinen las facultades de los funcionarios policiales relacionadas con la prevención e investigación de delitos, incluyan referencias específicas y claras a parámetros que eviten que una interceptación de un automóvil o una detención con fines de identificación se realice arbitrariamente. Por lo que en aquellas disposiciones en que exista una condición habilitante que permita una detención sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policiaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención. Esto significa que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional. Este tipo de regulaciones deben, además, ser acordes al principio de igualdad y no discriminación, de forma tal que evite la hostilidad en contra de grupos sociales en virtud de categorías prohibidas por la propia Convención Americana²⁴.

Eso es, aun si se interpretase que las normas vigentes al momento de los hechos -que no difieren sustancialmente de las vigentes en la actualidad- asignaban facultades legales específicas para la detención de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, es claro que aquellas normas resultaban contrarias a los estándares internacionales de protección del derecho a la libertad personal. Esto se debe a que se trata de normas de carácter sumamente indeterminado e imprevisible, que dejan un amplio margen de discrecionalidad a sus operadores, margen que se agrava en el ya señalado contexto de arbitrariedad policial y uso desproporcionado de la fuerza junto con el uso de perfiles discriminatorios que guían el actuar policial.

Es decir, en nada cambiaría la suerte del caso si las razones aducidas por los agentes de seguridad se forzaran lo suficiente como para ser consideradas compatibles con los supuestos legalmente habilitados, ya que esos supuestos se encuentran definidos de modo deficitario y no satisfacen el mandato convencional dirigido a evitar la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad.

En este sentido, los términos empleados en el artículo 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal (“indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad”), en el artículo 284 del Código Procesal Penal de la Nación (“indicios vehementes de culpabilidad”) y en el artículo 1 de la Ley N° 23.950 (“circunstancias debidamente funda-

24 Corte IDH. Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. 01/09/20. Párr. 90.

das”), junto con las formulaciones normativas que los contienen, se caracterizan por su abstracción. Así, dejan un amplio margen a la discrecionalidad policial y facilitan la realización de intervenciones en la libertad personal sin necesidad de fundamentos objetivos, expresos, verificables y pasibles de ser controlados judicialmente.

Esta conclusión ya había sido expuesta con anterioridad a la sentencia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe de Fondo N° 129/17, en el que observó que:

[...] la regulación que otorga la facultad aplicada en el caso es significativamente vaga y no incluye referencias específicas a razones o parámetros objetivos que potencialmente pudieran justificar la sospecha. Por otra parte, en dicha legislación no se incluye exigencia alguna a fin de que las autoridades policiales rindan cuentas, por escrito y ante sus superiores, sobre el detalle de las razones que dieron lugar a la detención y requisa. Además, del contexto descrito en la sección de hechos probados, se desprende que lo sucedido en el presente caso no constituye hechos aislados, sino que esta normativa y su aplicación en la práctica, han resultado en actuaciones abusivas por parte de la policía²⁵.

En esa misma oportunidad, la Comisión alegó que la reserva de ley que se requiere para afectar el derecho a la libertad personal, de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención, debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad. Este obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación a la libertad física, por lo que cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido para privar a una persona de la libertad, generará que tal privación de la libertad sea ilegal.

En relación con el artículo 7.3, la CIDH señaló que cualquier detención no solo debe llevarse a cabo de acuerdo a las disposiciones del derecho interno, sino que es necesario que esta sea proporcional. En el caso concreto, consideró que la regulación que otorga la facultad aplicada en las detenciones por parte de la policía no incluye referencias específicas o razones o parámetros objetivos que potencialmente pudieran justificar la sospecha que derivó en la detención de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. La falta de elementos objetivos para llevar a cabo la detención -los cuales no fueron mencionados en el acta de detención-, interrogatorio y requisa, y el hecho de que la legislación no ofrece salvaguardas frente a este tipo de actos hicieron posible el incumplimiento del estándar de legalidad y no arbitrariedad²⁶.

Por otra parte, el carácter indeterminado y deficiente de la normativa aplicada deriva lógica y razonadamente en una multiplicidad de criterios judiciales y de fór-

25 CIDH, Informe N° 129/17, Caso 12.315, Fondo, Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, Argentina. 25/10/2017. Párr. 66.

26 Ver CIDH. Informe de Fondo 129/17, Caso 12.315, Fernández Prieto y Tumbeiro, Argentina, 25/10/17.

mulas burocráticas que se han visto validadas a la luz de ella y de los supuestos de excepción que define. Es decir, las fórmulas burocráticas y clichés policiales señalados previamente han convivido pacíficamente -y aún lo hacen- con la normativa en cuestión, lo cual habla a las claras de la inadecuación convencional que la caracteriza y que, por tal motivo, torna a las detenciones producidas a la luz de sus disposiciones, en detenciones -también- arbitrarias.

En este mismo sentido, la Dra. Tiscornia fue clara a la hora de indicar que “estándares imprecisos se repiten en los códigos procesales, habilitando judicialmente estas prácticas de intervención policial” y que “si bien tales prácticas están normadas, lo están en forma imprecisa, y la mayor parte de la población desconoce los límites y condiciones de éstas”²⁷.

También el Dr. Gullco, durante la audiencia pública, criticó la normativa en cuestión, más allá de considerar que los procedimientos ni siquiera se realizaron de conformidad con ella. Al respecto, indicó que las formulaciones utilizadas por las normas vigentes en los casos “son demasiado abstractas y cuánto más abstractas son, más difícil se hace el control judicial del procedimiento policial”. Asimismo, indicó por un lado que “una norma que podría satisfacer estándares más garantistas de acuerdo a la Convención Americana debería establecer claramente [...] que solo en casos de flagrancia se podría proceder a la detención de una persona sin orden judicial” y, por otro lado, que “una ley que establezca la posibilidad de detener por identificación de personas no parece compatible con los principios de la Convención Americana”²⁸.

Ante ello, la Corte concluyó en su sentencia que, frente a la necesidad de establecer un estándar probatorio como presupuesto para la actuación policial en la vía pública sin orden judicial, a fin de preservar el principio de legalidad y evitar el abuso y la arbitrariedad policial, es necesario que los Estados adopten un estándar probatorio objetivo.

En relación a esto último, la falta de un estándar objetivo de prueba para proceder a la detención o a la requisita sin orden judicial que la habilite afecta el equilibrio entre el interés público en la seguridad y las garantías individuales, y se debe inclinar a favor de estas últimas.

Si el estándar no es objetivo, la sospecha se vuelve genérica, no particularizada. El agente de la fuerza de seguridad sospecha de algo, pero no sabe de qué. Esa sospecha indeterminada suele presentarse bajo el rótulo de “actitud sospechosa”. Se trata de una sospecha que recae sobre una persona y no sobre su comportamiento par-

27 Declaración de Sofía Tiscornia ante la Corte IDH en la audiencia pública celebrada el 11/03/20. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHVijM> Última consulta 10/06/21.

28 Declaración de Hernán Gullco ante la Corte IDH en la audiencia pública celebrada el 11/03/20. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHVijM> Última consulta 10/06/21.

ticularizado permitiendo de tal modo el ingreso de perfiles discriminatorios como justificación de la detención.

Por otra parte, la Corte IDH consideró que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, el tribunal consideró que no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o de las autoridades.

En razón de ello, la Corte concluyó que la requisita del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto constituyó una injerencia en la vida privada, en tanto fue practicada sin que ésta cumpliera con el requisito de legalidad. Ello por cuanto la ley vigente al momento de esos hechos no contemplaba siquiera la posibilidad de que pudiese practicarse una requisita sin orden judicial. En el mismo sentido, el tribunal afirmó que la requisita corporal a la que fue sujeto el señor Tumbeiro resultó violatoria de la garantía de legalidad y, además, resultó desproporcionada al obligarlo a desnudarse dentro del patrullero, lo que implicó una afectación a su intimidad y honra.

Este aspecto de la sentencia clarifica muchas de las discusiones frecuentes en el orden interno en relación a los registros practicados sobre automotores sin orden judicial. El estándar definido por la Corte en esta materia, y al que aludimos, es mucho más exigente que el que impera en los tribunales nacionales, por lo que ofrece a las defensas nuevos argumentos de litigio en la materia y desafía a los tribunales a adecuar sus interpretaciones normativas a la luz de los desarrollos que se hicieron en esta sentencia.

Más aún, la Corte cita en el párrafo 95 de la sentencia un precedente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en que ese Tribunal resolvió, respecto a los retenes policiales, que no es posible que “se realicen de una forma indiscriminada y mucho menos que se coaccione u obligue a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que exista noticia criminis o indicios comprobados de la comisión de un delito”. La Sala juzgó que para “proceder a la revisión del interior de un vehículo en este tipo de controles policiales, se requiere necesariamente del consentimiento libre y expreso del conductor, lo que implica que no puede ser coaccionado de forma alguna”. Respecto a los requisitos que ésta debe cumplir, dicha sala señaló que la policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse controles. En ese sentido, manifestó que la vigilancia en carretera no constituye una actuación ilegítima o arbitraria en sí misma, pero debe estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad, lo que implica que se ejecute tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular. Concluyó que “el hecho de detener, registrar u ordenar que una persona se baje del vehículo y proceder a registrarlo sin justifica-

ción alguna, como ocurrió en el caso bajo estudio, excede claramente las potestades policiales otorgadas por la Constitución Política”²⁹.

Adicionalmente, la Corte IDH ha puntualizado que

[...] la verificación de elementos objetivos antes de realizar una interceptación de un vehículo o una detención con fines de identificación se vuelve particularmente relevante en contextos como el argentino, donde la policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospecha de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito, y donde adicionalmente los tribunales internos han convalidado este tipo de prácticas. En ese sentido, la Corte reitera lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en audiencia pública respecto a la “práctica” por parte de las fuerzas de seguridad argentinas de “detener para hacer estadística” a fin de “responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos”, que en el peor de los escenarios comporta “fraguar delitos o inculpar personas inocentes y desprotegidas” y cuya persistencia se facilita por un “escaso, cuando no nulo, control judicial de las detenciones policiales”. Lo anterior, argumentó la perita, “ha resultado en la legitimación de controles poblacionales abusivos, hostigamientos a jóvenes y trabajadores pobres, detenciones sin registros, allanamientos y requisas sin controles” contra “un número relevante de personas”³⁰.

Finalmente, y como adelantamos al inicio, en el caso de *Tumbeiro*, la Corte también decidió que se había violado el derecho a la igualdad ante la ley y el deber de no discriminación en atención a la utilización de un estándar altamente discriminatorio como lo es el afirmar como fundamento de la detención que la persona no se encontraba vestida conforme a la zona por la que circulaba.

En consecuencia, la Corte declaró que el Estado era responsable por la violación a los artículos 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Fernández Prieto y *Tumbeiro*, y por la violación a los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (deber de no discriminación) de la Convención, en perjuicio del señor *Tumbeiro*.

Como consecuencia de las violaciones declaradas, el tribunal internacional dispuso una serie de medidas de reparación. Entre ellas entre las que se destacan: la adecua-

29 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 14821-2010. 03/09/10.

30 Corte IDH. *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. 01/09/20. Párrafo 96. La declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11/03/20 se puede ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHvijM> Última consulta 10/06/21.

ción del ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en la sentencia, de forma tal que se evite la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisas corporal o registro de un vehículo; la implementación de un plan de capacitación de los cuerpos policiales de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, el Ministerio Público y el Poder Judicial, que debe incluir información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas; la producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las fuerzas de seguridad en materia de detenciones, registros y requisas sin orden judicial; entre otras, que en conjunto presentan enormes desafíos de cara al cumplimiento de la sentencia.

En suma, se trata de una sentencia de enorme importancia que desafía no solo a los cuerpos policiales sino también a los órganos legislativos a la hora de adecuar la legislación que habilita intervenciones sobre los derechos fundamentales de las personas sin la previa autorización judicial. Pero en la misma medida, se trata de un precedente que llama la atención a los órganos judiciales a la hora de efectuar el control judicial de garantías que todos los jueces y juezas de todas las instancias están llamados a realizar en función del sistema de control de constitucionalidad difuso que rige en nuestro país y del control de convencionalidad que resulta ser parte central de la función judicial.

SECCIÓN II

Proyecciones de la decisión de la Corte IDH a nivel nacional

Juan Carlos Riccardini

Abogado (UBA) y Especialista en derecho penal (Universidad Católica Argentina). Docente de diversos cursos de capacitación vinculados con la reforma procesal penal. Actualmente se encuentra a cargo de la Unidad de Actuación n° 13 para supuestos de Flagrancia de la Defensoría General de la Nación.

La sentencia *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* y su impacto en el procedimiento de flagrancia. Avances y desafíos.

I. Introducción

El fallo de la Corte IDH *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*¹ ha significado un gran logro para la Defensoría General de la Nación -y para toda la región-. Su contenido se centra en un tópico (las facultades de las fuerzas de seguridad para detener o requisar a particulares sin orden judicial) sobre el que mucho se ha discutido en los últimos años y sobre el que existen abundantes artículos de doctrina y jurisprudencia. Por eso, en este texto habré de limitar mi aporte a la realización de un breve comentario sobre recientes antecedentes jurisprudenciales que he podido recabar en el área de mi competencia -el procedimiento de flagrancia contemplado a nivel nacional en la ley 27.272- para relacionarlos en lo sucesivo con los avances y desafíos que se presentan a partir del precedente en estudio.

De ese modo, habré de pasar revista sobre recientes fallos que se han registrado de manera concomitante a la publicación de la sentencia de la Corte IDH, con el objeto de ilustrar sobre los avances que ha significado para nuestro país y toda la región los nuevos estándares fijados en esta materia. Además, plantearé los desafíos que todavía tenemos por delante los operadores del sistema, dado que pese a haber

1 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Serie C nro. 411, sentencia del 1/9/20.

transcurrido más de veinte años desde el dictado del fallo “Fernández Prieto”² por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cierto es que la discusión en torno a las facultades policiales de interceptación de personas en la vía pública sin orden judicial lejos está de haber perdido actualidad, como veremos a continuación.

Para circunscribir liminarmente el objeto de este trabajo, basta con señalar en términos generales que como regla de principio son los jueces los encargados de evaluar las medidas de coerción que afecten derechos constitucionales, dado que se entiende que son quienes están en mejor situación para asegurar que la intromisión en la libertad o intimidad de las personas responda a fines razonables (Carrió, 2012, 252³). Sin perjuicio de ello, el legislador ha establecido taxativamente las razones de excepción que autorizan la intromisión en la intimidad o la restricción de la libertad, que a nivel nacional lo encontramos en los artículos. 184 inc. 5 (regula las facultades de las fuerzas de seguridad para las requisas urgentes); 230 y 230 bis⁴ (referido a las requisas corporales y de vehículos sin orden judicial); y 284 (regula las detenciones sin orden judicial) del Código Procesal Penal de la Nación (amén del artículo 1 de la ley 23.950 actualmente en vigencia), como así también en los artículos 138 y 216 del Código Procesal Penal Federal⁵. Estos actos a su vez son susceptibles de afectar los derechos a la libertad personal y a la protección de la honra y la dignidad, reconocidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (CN), 7 y 11 de la CADH, y 9 y 17 del PIDCP. Por este motivo -conforme se verá a continuación- a la hora de evaluar un caso en particular es imprescindible efectuar un análisis que comprenda la normativa internacional a la cual nuestro país ha adherido en el artículo 75 inc. 22 CN, con el consecuente control de convencionalidad, teniendo en cuenta particularmente la interpretación que ha efectuado la Corte IDH en el fallo comentado⁶.

2 Fallos: 321:2947.

3 En sentido similar, en torno a la preferencia por que toda injerencia en los derechos fundamentales de las personas sea decidida por un juez, ver también la obra de Maier (1999, 512), y Bertelotti (2006, 67), entre otros.

4 Este artículo ha sido incorporado por la ley 25.434 (B.O. 19/06/2001) y no se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos de los fallos “Fernández Prieto” (Fallos: 321:2947) y “Tumbeiro” (Fallos: 325:2485) por parte de la CSJN.

5 Sancionado por ley 27.063 (B.O. 10/12/2014), texto ordenado por el Dec. 118/2019. Este código entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, según lo dispuesto por el Dec. Nro. 257/15. A la fecha el nuevo ordenamiento tiene plena vigencia exclusivamente en la jurisdicción de las provincias de Salta y Jujuy, mientras que en el resto del país -a partir de un procedimiento sui generis- se ha optado por la implementación parcial de algunos artículos (cfr. Res. 02/2019 y 01/2021 de la Comisión aludida).

6 Pereyra (2006, 131/133) ha sostenido con acierto en este punto que pese a que el artículo

Resta mencionar que el procedimiento de flagrancia resulta ser una de las excepciones que invariablemente habilita la detención sin orden judicial, y en ciertos casos también la requisa. De este modo -como podrá advertir el lector-, la discusión frente a este supuesto estará dada por verificar si se encuentran configurados los requisitos establecidos legalmente para entender que se pueda encuadrar el caso en alguno de los supuestos de flagrancia⁷, que necesariamente y en todos los casos deberán constatarse de manera previa a la interceptación con fines de identificación o detención y eventual requisa, dado que mal podría tenerse por configurada esta circunstancia a partir del resultado obtenido por estas diligencias. Esta última circunstancia es la que en la práctica se presenta más problemática, ya que hay una tendencia natural de los operadores judiciales a entender configurada la flagrancia a partir de los resultados de la detención y requisa posterior, sin reparar en el hecho de que los datos objetivos que ameriten encuadrar un hecho en un supuesto de flagrancia deben darse de manera previa a la actuación de las fuerzas de seguridad, conforme se desarrollará a continuación.

De otro modo, como bien lo ejemplifica Carrió (2012, 270), el recaudo de la existencia de un motivo previo para invadir la privacidad de una persona jugaría tan sólo para las requisas infructuosas, dado que si el procedimiento es fructífero y se descubre algún elemento incriminante, entonces la hipótesis de “flagrancia” desplazaría las exigencias legales, lo que tornaría totalmente inútiles las normas específicamente dictadas para eliminar la arbitrariedad estatal (artículos 230, 230 bis y 184 inc. 5 CPPP) en el momento en que más se necesitaría de ellas.

II. Análisis del impacto del fallo en la jurisprudencia. Avances en la imposición de nuevos estándares.

La cuestión vinculada a las facultades de las fuerzas de seguridad para la detención y requisa de particulares sin orden judicial se vio expuesta a diversos vaivenes por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien a partir del precedente “Daray”⁸ se fijó un estándar interesante en materia de libertad personal e intimidad, lo cierto es que los sucesivos fallos dictados con posterioridad

18 CN parece rechazar cualquier detención sin orden escrita de autoridad competente, no se ha cuestionado fuertemente el hecho de que existan supuestos especialmente restringidos en los que las fuerzas de seguridad puedan efectuar detenciones sin previa orden escrita de autoridad alguna, en casos de urgencia y con control judicial ex post.

7 El CPPN la define en el artículo 285, sosteniendo que “habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito”. El CPPF posee una norma análoga en el artículo 217.

8 CSJN, Fallos: 317:1998.

(entre los que se destacan precisamente “Fernández Prieto”⁹ y “Tumbeiro”¹⁰) parecen haber flexibilizado los requisitos de actuación policial adoptando un criterio más laxo, con un claro menoscabo de garantías constitucionales.

Este es uno de los motivos por los cuales resulta particularmente relevante la sentencia de la Corte IDH, dado que viene a sentar las bases sobre una cuestión que en nuestro derecho interno, y a partir de ciertas interpretaciones judiciales, parecía contentarse con apreciaciones subjetivas por parte del personal de las fuerzas seguridad, muchas veces respaldadas en fórmulas estereotipadas desprovistas de todo sustento para habilitar una detención o requisa sin orden judicial.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, a fin de evidenciar su impacto concreto en la jurisprudencia, me parece relevante traer a colación un reciente fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹¹. Mediante esa sentencia, y a partir de los alcances estipulados por la Corte Interamericana en materia de detención en la vía pública sin orden judicial, se derivó en la declaración de nulidad de una detención y el consecuente sobreseimiento ante la falta de un cauce de investigación independiente¹².

A fin de ilustrar acabadamente sobre la cuestión, habré de transcribir las bases fácticas que tuvieron en consideración los magistrados para resolver.

Según se desprende de la declaración del personal preventor:

[...] siendo las 03.50 horas aproximadamente en momentos en que [...] se encontraba recorriendo el ejido jurisdiccional en materia de prevención de hechos delictivos en general, haciéndolo por la Avenida [...] de esta Ciudad, le fue dable observar a un masculino a bordo de una bicicleta del GCBSAS y junto a él, una femenina a bordo de otra bicicleta del GCBSAS, ambas bicicletas color naranja. Que debido a la gran cantidad de hechos delictivos acontecidos respecto a las bicicletas del GCBSAS por el programa ‘Ecobicis’, se procedió a identificar a las personas a bordo de los rodados mentados anteriormente [...]. Que ninguna de las dos personas que se intentó identificar correctamente

9 CSJN, Fallos: 321:2947.

10 CSJN, Fallos: 325:2485. En un sentido similar pueden citarse los precedentes “Monzón” (Fallos: 325:3322), “Szmilowsky” (Fallos: 326:41) y “Waltta” (Fallos: 327:3829), entre otros. Como excepción a dicho criterio, más cerca en el tiempo puede citarse el caso “Peralta Cano” (CSJN, P. 1666. XLI. RHE, rta. 3/5/2007).

11 Autos “Barboza Ramírez, J. S. s/nulidad”, causa nro. 63.730/2019, rta. 16/10/20 -voto mayoritario de los jueces Magdalena Laiño y Ricardo Matías Pinto.

12 A partir del caso “Rayford” (CSJN, Fallos: 308:733) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél. Esta doctrina fue reiterada luego en los casos “Ruiz” (CSJN, Fallos: 310:1847) y “Francomano” (CSJN, Fallos: 310:2384).

te portaban documento nacional de identidad y no recordaban el número del mismo. Dicho esto, el deponente procedió a verificar si las bicicletas fueron solicitadas por intermedio del protocolo de alquiler correspondiente a través de tarjeta de crédito], ante lo cual la persona del sexo masculino habría manifestado de manera espontánea "...que no poseía ningún tipo de comprobante de como las alquiló, refiriendo que las encontró tiradas en la plaza.

Por tal motivo, el personal policial consultó a la Fiscalía actuante, quien dispuso no dar trámite de flagrancia y realizó consulta con el juzgado, que finalmente le atribuyó el delito de encubrimiento por receptación, toda vez que la bicicleta hallada en poder del encausado había sido sustraída el día anterior en horas de la tarde por autor/res desconocidos.

Como podrá advertir el lector, el caso presenta ciertos puntos de contacto con el precedente "Tumbeiro" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, motivo por el cual adquiere particular relevancia lo resuelto por la mayoría en torno al procedimiento de detención, sobre el cual se entendió que:

[...] la situación fáctica descripta por el funcionario no permitía inferir objetiva y razonablemente, que los nombrados estuvieran en alguna situación que hiciera suponer que habían cometido un hecho ilícito, o que hubieran sustraído las bicicletas o recibido conociendo su origen espurio. Se desprende sin mayor esfuerzo de las constancias del expediente la ausencia de circunstancias previas y/o concomitantes que justificaran el requerimiento policial. No existía ninguna 'circunstancia debidamente fundada' que habilitara a detener la marcha de los ciclistas, solicitarle que se identificaran, en cuyo contexto B. R. manifestó que no poseían comprobante de alquiler y que las habían encontrado tiradas en la plaza [...] para finalmente proceder a su detención y requisa.¹³

Es particularmente llamativo que la propia fiscalía hubiera decidido no asignarle trámite de flagrancia, ya que con esa simple directiva parecería estar reconociendo que la detención con fines de identificación no encontraba fundamento en la denominada "causa probable", que regulan los artículos 284 y 285 del CPPN, para sospechar la existencia de una presunta actividad ilícita por parte de los conductores de las "Eco-bicis", mediante la ausencia total de elementos de contexto que permitan considerar legítimo aquel accionar del preventor.

Para fundamentar su posición, el voto de la Jueza Laiño transcribió el párrafo 97 de la sentencia de la Corte IDH *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, destacando la ya de por sí ambigua e imprecisa forma en la que se encuentran legisladas las excepciones de detención sin orden judicial (léase en el ámbito nacional los artículos 284 CPPN y artículo 1 de la ley 23.950). Con el objeto de remarcar que incluso en caso de considerar que la actividad judicial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción actualmente

13 Voto de la jueza Magdalena Laiño que compone la mayoría.

previstos, correspondería de todos modos nulificar el accionar policial ante la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención.

Finalmente, teniendo en consideración que con posterioridad a la interceptación en la vía pública una de las personas habría manifestado “espontáneamente” que no tenía el comprobante de alquiler, se sostuvo que de todos modos se trataba de “...un dato del que ‘no puede derivar [...] la formulación válida de imputaciones penales’”.¹⁴

Se observa entonces el modo en que los parámetros sentados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirvieron de base para limitar las situaciones de excepción que rigen las detenciones sin orden judicial por parte de las fuerzas de seguridad en la vía pública, resguardando así el derecho a la libertad personal y la garantía que tutela contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado, previstas en el artículo 7.1, 7.2, 7.3, 11.1, 11.2 y 11.3 CADH.

Sin embargo, no puedo pasar por alto que uno de los magistrados llamados a resolver postuló el rechazo del pedido de nulidad argumentando que el “arresto” no comprende los casos de interceptaciones fugaces en la vía pública¹⁵, ya que de otro modo se cercenaría cualquier intervención de la prevención¹⁶. Esta posición parece pasar por alto que ninguna de las circunstancias indicadas por el personal policial en este caso, para motivar la identificación inicial, se podían asimilar con una situación de flagrancia o los “indicios vehementes de culpabilidad”, más allá de las críticas que ya de por sí merecen este tipo de fórmulas genéricas por su vaguedad.

En este sentido, la Corte IDH expuso claramente que:

[...] es necesario que las regulaciones que determinen las facultades de los funcionarios, incluyan referencias específicas y claras a parámetros que eviten una interceptación de un automóvil o una detención con fines de identificación se realice arbitrariamente.

14 Cfr. voto de la Jueza Magdalena Laiño en el fallo citado, con cita del párrafo 83 de la Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Ello así, por cuanto una actuación originalmente inconventional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la prosecución de un proceso penal ante la ausencia de un cauce independiente de investigación.

15 Voto del juez Julio Marcelo Lucini, con cita de García, Luis M., “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificar personas. Los claroscuros del caso ‘Tumbeiro’”, *La Ley* 2003-A, 470.

16 La Corte IDH parece refutar adecuadamente este argumento, sosteniendo que: “[...] la verificación de elementos objetivos antes de realizar una interceptación de un vehículo o una detención con fines de identificación se vuelve particularmente relevante en contextos como el argentino, donde la policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospechas de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito y donde adicionalmente los tribunales internos han convalidado este tipo de prácticas”; Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 96.

Por eso, en aquellas disposiciones en que exista una condición que pudiera habilitar una detención judicial sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos. De esta forma, no serán la mera intuición policiaca ni criterios subjetivos que no pueden ser verificados los que motiven una detención¹⁷.

Precisamente por estas circunstancias es que el fallo de la Corte IDH adquiere un valor particularmente relevante, ya que viene a contrarrestar el criterio amplio en torno a las facultades de detención sin orden judicial de las fuerzas de seguridad, que todavía se encuentra presente en gran parte de la magistratura, muchas veces motivado por argumentos utilitaristas en función de los resultados obtenidos¹⁸.

III. Ambigüedad normativa y necesario control de convencionalidad.

Siguiendo con la idea desarrollada en el acápite anterior, vinculada con la insuficiencia normativa puesta de manifiesto por la Corte IDH en *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, me parece interesante profundizar el tema a partir de algunos recientes fallos jurisprudenciales, con el objeto de poner de manifiesto los desafíos que todavía tenemos por delante los operadores judiciales a la hora de abordar la temática de detención con fines de identificación y requisita corporal sin orden judicial. En este sentido, quiero traer a colación una reciente resolución dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁹, en la cual parece haberse omitido la realización de un análisis acorde con los alcances establecidos por la Corte IDH en el precedente en estudio.

En efecto, los hechos del caso se desprenden de la sentencia y fueron delimitados a partir del testimonio del personal policial que se encontraba en función de prevención en la vía pública en horas de la noche. En ese momento, noto a dos personas que “[...] venían corriendo y al notar la presencia policial [...] detienen su marcha observándose nerviosos [...]”. Agrega luego el preventor que los detuvo:

[...] para identificarlos. En ese momento, se notaban nerviosos, miraban hacia atrás. Les pedí que me exhibieran sus pertenencias para ver si tenían algún elemento constitutivo del delito. Creo que fue L. que tenía un teléfono celular que

17 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 90.

18 Como bien sostiene Hopp (2015, 125), se advierte que existe alguna tendencia de ciertos jueces a dar preeminencia a la averiguación de la verdad y a no permitir la impunidad, invocando para ello argumentos de defensa social, considerando relevante dar un margen amplio de libertad a las fuerzas de seguridad para que cumplan su tarea de prevenir delitos, demostrando gran deferencia por el relato y el “olfato” policial.

19 CNCC, Sala I, Rivas, Guerrero M.D. y otro s/nulidad”, causa nro. 11.121/21, rta. 19/4/21.

sonaba, él no lo atendía y no lo podía desbloquear. Le pregunté si era suyo y me dijo: 'Es de mi tía, de mi mujer'. Atendí y un masculino me dijo que se lo habían robado hacía 15 minutos dos muchachos a quienes describió y coincidía con las características de los demorados [...].

Si bien el caso presenta varios puntos de análisis, me interesa centrarme en la detención inicial, dejando de lado los cuestionamientos que podrían realizarse a la requisita y secuestro posterior, dado que en última instancia estarían supeditadas a la validez de la primera. Al respecto, sostuvo la Cámara que la reseña efectuada permitía:

[...] identificar tres acciones que requieren, en principio, orden judicial y que, excepcionalmente, puede(n) ejecutar los policías sin ella. Estas son la identificación, la requisita y el secuestro (cumplidas en dicho orden). Respecto de la primera [...], a diferencia del magistrado de grado que la encuadró en el inciso 10 del art. 184 del CPPN, consideramos que es un supuesto atrapado por el inciso 9, dado que la actitud previa de los imputados hizo a la policía sospechar que tuvieran *objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaban de participar de un delito* (art. 285 del CPPN).

Finalmente, se rechazó la aplicación al caso de las apreciaciones realizadas por la Corte IDH en la sentencia aquí comentada, por entender que:

[...] los hechos, en ambos fallos, fueron diversos a los aquí examinados [...] en nuestro asunto, los policías no se valieron de fórmulas vacías -actitud sospechosa, en estado de nerviosismo- o de carácter estigmatizantes- estereotipos basados en la apariencia- de los imputados, sino que expusieron criterios objetivos -ya detallados en párrafos precedentes- que determinaron la interceptación y posterior requisita, es decir, que tampoco permanecieron in pectore, permitiendo todo ello el debido control jurisdiccional al que ahora se someten.

Entiendo que la utilidad de este precedente jurisprudencial reside precisamente en el hecho de que los magistrados actuantes parecen haber limitado su decisión a un análisis meramente legal de la detención, basándose para ello en normativa que a criterio de la Corte Interamericana ha sido caracterizada como vaga e imprecisa, no solo en materia de detención sin orden judicial sino también en torno a la requisita corporal. Así es que los jueces estaban obligados a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos realizadas por la Corte IDH respecto a las detenciones y requisitas sin orden judicial, análisis que en este caso estuvo ausente, ya que de otro modo diversa hubiera sido la solución.

No se me oculta que la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por

las mismas (aspecto formal)²⁰. Sin embargo, no es menos cierto que las regulaciones que determinen las facultades de los funcionarios policiales relacionadas con la prevención e investigación de delitos deben incluir referencias específicas y claras a parámetros que eviten que una detención con fines de identificación se realice arbitrariamente²¹.

Sobre este último punto, es pertinente señalar las consideraciones de la Corte IDH en el precedente *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* en torno a la vaguedad e imprecisión de la normativa vigente, al considerar que:

[...] aun en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción de detención sin orden judicial en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de ‘sospecha’ de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona²².

La normativa a la que se hace referencia se encuentra actualmente vigente a nivel nacional, y no es otra que el artículo 284 del CPPN y el artículo 1 de la ley 23.950, que han sido calificados por la Corte IDH como significativamente ambiguos en lo que respecta a los parámetros que permiten detener a una persona sin orden judicial ni estado de flagrancia, por carecer de parámetros objetivos previamente delimitados²³. Partiendo de estas premisas, parece claro que ninguna de las circunstancias exteriorizadas en el caso por el personal policial parece suficientes para habilitar la detención con fines de identificación. El solo hecho de encontrarse corriendo por la vía pública sin ser perseguidos por persona alguna, aunado al hecho de mostrarse en actitud nerviosa y mirando hacia atrás, lejos se encuentra de resultar un indicio inequívoco de la presunta comisión de un hecho delictivo concreto en supuestos de

20 Cfr. Corte IDH, caso *Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21/1/94, Serie C Nro. 16, párr. 47, y caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, supra, párr. 10.

21 Cfr. Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 90.

22 Cfr. Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 97.

23 Es interesante destacar que si bien el Estado Argentino sostuvo que con posterioridad a los hechos ventilados en los casos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro” había adecuado su legislación a los parámetros establecidos en la sentencia, en virtud del dictado del Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063) con vigencia parcial en el territorio nacional, la Corte IDH sostuvo de todos modos que si bien la nueva normativa resultaba un avance, no abarcaba la totalidad de las violaciones declaradas en la sentencia. Por este motivo instó al Estado Argentino a adecuar su ordenamiento jurídico interno, con el objeto de indicar las circunstancias objetivas que justifiquen una detención y/o requisita, que las mismas sean de carácter previo al procedimiento y de interpretación restrictiva, debiendo además ocurrir en una situación de urgencia que impida la solicitud de una orden judicial (cfr. Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, cit., párrs. 119, 120 y 121).

flagrancia que habilitara una requisita ulterior. Sobre el punto, resulta esclarecedor que la perita Sofía Tiscornia expresara ante la Corte que:

[...] Los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de la detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear por las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma presurosa’ o ‘quedarse parado en una esquina’, sólo para dar algunos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aludidas²⁴.

Por otro lado, si bien los magistrados actuantes entendieron que el personal policial se hallaba facultado para realizar indagaciones en los términos del artículo 184 inc. 9 del CPPN, omitieron argumentar el motivo por el cual consideraron que el personal policial se encontraba ante un delito flagrante en los términos del artículo 285 del mismo cuerpo legal en el momento en el que decidió detenerlos con fines de identificación. Y mal podrían haberlo hecho por cuanto la situación objetiva descripta no era suficiente para inferir objetiva y razonablemente que los sujetos estuvieran en una situación que hiciera suponer a un observador objetivo que habían cometido un hecho ilícito determinado o que presentaren rastros que permitieran sostener que acababan de participar de un delito -advírtase que se trataba de un teléfono celular que en la actualidad posee un uso generalizado-. Prueba de ello es que originalmente la detención se llevó a cabo con fines de identificación, según reconoció el funcionario actuante.

Debe quedar en claro entonces que:

[...] 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 (el destacado es propio)²⁵.

Por último, en torno a la requisita que derivó en el secuestro ulterior del teléfono celular tampoco se aprecian razones de urgencia que permitieran prescindir de la orden judicial respecto de un objeto particularmente sensible -como lo es un teléfono celular- en virtud de la cantidad y calidad de información que hoy en día alberga. Sobre falta de definición de las razones de urgencia y las consideraciones que al respecto ha efectuado la Corte IDH volveremos más adelante.

Algo similar podría predicarse de otro precedente reciente de la Sala IV de la Cámara

24 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 86.

25 Cfr. Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia del 21/11/97, Serie C. nro. 172, párr. 103.

Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional²⁶, cuyas circunstancias fácticas parecen ajustarse casi literalmente a aquellas ventiladas en el precedente “Fernández Prieto”, el cual si bien tuvo lugar con anterioridad al dictado del fallo de la Corte IDH, resulta de todos modos particularmente ilustrativo, más aún si se considera que ya se contaba con el informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷ al momento de su dictado.

En este caso, personal policial observó en horas de la tarde a un vehículo circulando a alta velocidad y “en forma errante”, con tres tripulantes, uno de los cuales miraba insistentemente en todas direcciones. A raíz de ello irradió un alerta con los datos del automóvil, dando lugar a que aproximadamente cincuenta minutos después personal policial motorizado diera con el vehículo, oportunidad en la que lo instaron a detenerse mediante señales sonoras, lo que fue acatado por el conductor. Luego fueron identificados sus ocupantes, quienes eran extranjeros y habrían demostrado “un evidente estado de nerviosismo”. Por ello, en presencia de dos testigos, se los requisó hallando la suma de \$ 23.800 en poder de uno de ellos, mientras que otro de los ocupantes poseía un envoltorio de papel con una sustancia similar a la picadura de marihuana. Seguidamente, se procedió también a requisar el vehículo, en el que se encontró una mochila ubicada en el asiento trasero que contenía -entre otros elementos- una notebook, dos tarjetas de débito del Banco Provincia y una libreta de familia a nombre de una tercera persona. Cabe agregar un dato adicional: tales acontecimientos se verificaron en el marco de las restricciones a la circulación de personas impuestas por el aislamiento social, preventivo y obligatorio a raíz del COVID-19 y que el rodado habría sido visto “merodeando la zona bancaria de manera sospechosa, por la Avenida Juan B. Justo con sentido hacia Santa Fe”, según se describe en el fallo.

Si bien no se desprende de la resolución, de la compulsión de las actuaciones surge que entre la documentación hallada por personal policial en el interior del automóvil se encontraba un remito que poseía un número telefónico, al cual el personal policial se comunicó. Luego de unos minutos, recibieron la llamada de una persona que relató haber sido desposeído ese mismo día del dinero y demás pertenencias halladas en el interior del vehículo.

26 Autos “Arevalo Castillo, Jesús Daniel y otros s/nulidad”, causa nro. 20.443/2020/CA1, rta. 07/05/20.

27 CIDH, Informe Nro. 129/2017, caso 12.315, Fondo, *Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeyro*, Argentina, 25 de octubre de 2017. Recordemos que en el fallo “Giroldi” la CSJN. ya había establecido con meridiana claridad que “[...] la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054 [...]” (CSJN., Fallos: 318:514).

Esto motivó la solicitud de nulidad de parte de la defensa, por entender que no se encontraban configurados los supuestos de excepción del artículo 230 bis CPPN para proceder a la requisa personal y del automóvil sin orden judicial, no solo por no concurrir un supuesto de urgencia sino principalmente por la ausencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitieran justificar dichas medidas. Esta solicitud encontró favorable acogida en primera instancia, ocasión en la cual se declaró la nulidad del procedimiento policial y se procedió al dictado del sobreseimiento de los acusados Pero la Sala IV revocó dicho pronunciamiento, por entender que estaban dadas las "...pautas objetivas y eficientes para la actuación de los funcionarios", entendiendo configuradas las circunstancias previas y concomitantes en los términos del artículo 230 bis del CPPN, facultando así al personal policial a realizar la requisa en expresa referencia a sus funciones de vigilancia.

Este caso no solo presenta varios puntos de contacto con los presupuestos de hecho ventilados en el precedente *Fernández Prieto*, sino que toma por válidos ciertos criterios estereotipados que encuentran anclaje en la imprecisa legislación que todavía tenemos vigente a nivel nacional sobre detenciones y requisas en la vía pública sin orden judicial. Adviértase que el motivo por el cual se procedió inicialmente a la interceptación del vehículo no fue una *noticia criminis* sino una eventual infracción de tránsito aunada a una discutible e imprecisa "actitud sospechosa". A esto se le sumó el supuesto estado de nerviosismo que habrían evidenciado ulteriormente sus ocupantes al ser detenidos tiempo después por personal policial, que tampoco parece ser un parámetro que a la luz del criterio de la Corte IDH autorice a una requisa ulterior tanto en la persona de sus ocupantes como del vehículo sin haber comunicado de manera previa a la autoridad judicial a fin de solicitar eventualmente una orden judicial a tal fin.²⁸ Párrafo aparte habría que dedicarle a la condición de extranjeros de las tres personas demoradas, que más allá de no haberse mencionado parece haber incidido en el accionar del personal policial a partir de ciertos criterios estereotipados que suelen utilizar las fuerzas de seguridad.²⁹

Como bien sostiene D'Albora (2013, 419/420 y sus citas):

[...] es a todas luces incorrecto hablar de flagrancia cuando la comisión del hecho sólo pudo ser advertida como consecuencia de la requisa; no resulta válida

28 La Corte IDH sostuvo expresamente en *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, que "[...] la presunta 'actitud sospechosa' no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible 'indicio vehemente de culpabilidad'" (párr. 70).

29 Ver en este sentido la transcripción del testimonio de la perita Sofía Tiscornia efectuada en la sentencia *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* (párrs. 80 y 81), quien fundamenta sobre las ideas preconcebidas por los agentes policiales sobre la presunta peligrosidad de ciertos grupos sociales y los elementos que determinan la pertenencia a estos, así como la fuerte carga de detención por clase social y por estereotipos.

la superficial referencia a un estado de nerviosismo, máxime si no se logra entender si dicho estado fue previo a la interceptación de las personas o si se originó a partir de este acto. La urgencia para cumplir la requisita sin orden judicial, debe meritarse en función de pautas objetivas] y que [...] siempre ha de preservarse el derecho constitucional a la intimidad; por eso, el resultado positivo de la requisita ilegítimamente practicada no siempre convalida la decisión de los preventores. Si resulta ilegal a su inicio, no se puede convalidar por su resultado; el estado de sospecha debe existir en el momento mismo que se produce la intervención en la vía pública, pues es allí cuando la policía debe tener razones suficientes para suponer que una persona está en posesión de elementos que demuestran la comisión de un delito; si se omiten se incurre en nulidad absoluta (conf. art. 184, inc. 5^a). No es legítima la detención y posterior requisita del imputado si no existieron circunstancias que autorizaran la intervención policial en procura de algún elemento vinculado a un delito cometido o a cometerse.

A las circunstancias expuestas debe adunarse que la requisita del automóvil se realizó con posterioridad al hallazgo en poder de uno de los ocupantes de una sustancia similar a picadura de marihuana, lo que en todo caso debió haber habilitado la inmediata consulta judicial para permitirle al magistrado actuante decidir sobre la eventual requisita del vehículo. La referencia a que el automóvil se desplazaba en una zona bancaria no parece más que un vano intento por robustecer una detención que ya se perfilaba cuanto menos como cuestionable, si se advierte que la zona de la ciudad en la que se habría concretado no se trata de un distrito que pueda ser caracterizado por la presencia significativa de entidades bancarias en comparación con otro. Tampoco se apreciaba un vínculo verificable entre la conducta descrita respecto de uno de los imputados y la eventual comisión de un delito por el solo hecho de encontrarse circulando a bordo de un vehículo en las inmediaciones.

Si bien existe un elemento adicional en el caso, relacionado con la ulterior verificación de la ausencia de un permiso habilitante para circular durante la pandemia, lo cierto es que eso no solo no fue argumentado por el personal policial -y ciertamente fue constatado con posterioridad a la detención-, sino que en todo caso hubiera habilitado la inmediata consulta a la justicia federal ante la posible comisión del delito previsto en el artículo 205 del CP. Así, no parece haber habido ninguna razón de urgencia para proceder a la requisita de sus ocupantes y del vehículo, máxime cuando se podría haber tratado de un delito demera actividad que no requería de mayor indagación que la simple solicitud del permiso habilitante, de modo que la eventual intromisión en la esfera de la intimidad mal podría considerarse justificada.

Al igual que lo ocurrido con *Fernández Prieto*, este parece tratarse de otro caso que constituye un emblema del denominado “olfato policial”, similar al que derivó en el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado Argentino en el fallo comentado de la Corte IDH, que implicaba “actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención

discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes”³⁰. Este proceder policial encuentra en cierta medida anclaje judicial a partir de la forma genérica e imprecisa de la normativa procesal actualmente vigente a nivel nacional que, a decir de la Corte IDH, “permitía que cualquier estado de ‘sospecha’ de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona”.

Existe a su vez otra cuestión que me parece particularmente relevante en el último caso comentado. Se trata de la ausencia de razones de urgencia que habilitaran prescindir de la orden judicial para la requisa, teniendo especialmente en consideración que la normativa actual tampoco contempla una definición de “urgencia”. De este modo parece otorgar un amplio margen de discrecionalidad a los agentes policiales para realizar este tipo de intervenciones sin control judicial, lo que a todas luces parece atentar contra el ámbito de protección del derecho a la vida privada y a la intimidad, que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias por parte de terceros o particulares (artículos 11 incs. 1, 2 CADH; 17 incs. 1 y 2 PIDCP; 12 DUDH y 5 DADDH). Sentado lo expuesto hasta el momento, más allá de las circunstancias fácticas de cada uno de los casos, el punto en común que presentan al ser confrontados con la sentencia de la Corte IDH en el precedente *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* lo encontramos en la necesidad de readecuar la interpretación que los magistrados realizan de la normativa actualmente vigente en nuestro derecho interno a nivel nacional, con el control de convencionalidad³¹ confrontado no solo con los tratados internacionales que integran nuestro plexo constitucional, sino particularmente con la interpretación que de dichas normas ha efectuado la Corte IDH. Esto cuanto

30 En un sentido similar se expidió la Corte IDH en el caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18/9/03. Serie C, nro. 100, párr. 69.

31 Este término consiste en el ejercicio o mecanismo de comparación entre el derecho interno y el derecho supranacional por los tribunales nacionales con el propósito de darle efecto útil a las normas de la CADH en los casos concretos (Ventura Robles, 2011, 387). Fue utilizado por primera vez por la Corte IDH en el caso 10.636, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25/11/03, Serie C nro. 101 -voto razonado del juez Sergio García Ramírez-, ratificado luego en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/9/06, Serie C nro. 154 [para un análisis más profundo sobre la evolución del concepto en la Corte IDH ver el conspicuo trabajo de Ventura Robles (2011, 385/416)]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación realiza este control de convencionalidad incluso desde antes de la última reforma constitucional, lo que parece haber iniciado a partir del Fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” (Fallos: 315:1492), ocasión en la que se reconoció la supremacía legal de los tratados, y continuó consolidándose con “Espósito” (Fallos: 327:5668), “Mazzeo” (Fallos: 330:3248) y “Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333), al establecer que en el control de convencionalidad que debe establecer el poder judicial debe tenerse en especial consideración la interpretación que la Corte IDH hubiera realizado de la normativa internacional, en su carácter de intérprete última de la CADH.

menos hasta que el Estado Argentino cumpla con el deber de adecuación del derecho interno en materia de detenciones y requisas sin orden judicial por parte de las fuerzas de seguridad, al que fuera instado por la Corte IDH.

El control de convencionalidad busca establecer si la norma que está siendo objeto de revisión se adecua a lo determinado por la Convención Americana de Derechos Humanos. Es decir: si la misma resulta convencional o no. Así es que, según Pittier (2016, 162), en caso de ser tenida la norma como “inconvencional” el efecto que la misma trae aparejada es su invalidez, lo que determina por ende que no pueda ser aplicada, incluso si se trata de la propia Constitución Nacional.

Lo explica con meridiana claridad Sagües (2009, 1) al sostener que:

[...] el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los derechos del Hombre), y la interpretación que sobre dicho pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación ‘armonizante’ o ‘adaptativa’ del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.

De esa forma, los jueces y órganos nacionales poseen la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pittier, 2006, 169 y 179). Es precisamente por esto último que resulta particularmente relevante para nosotros la sentencia comentada en lo que respecta a interceptaciones y requisas en la vía pública sin orden judicial por parte de las fuerzas de seguridad.

IV. Conclusión

A partir de la breve reseña efectuada podemos concluir que la sentencia *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* ha venido a establecer un nuevo paradigma en la materia -cuanto menos hasta tanto se adecue la legislación interna a nivel nacional-. Ya no podrá sostenerse la legitimidad del procedimiento exclusivamente en la existencia de

causas y condiciones fijadas de antemano por el legislador en el CPPN o en el CPPF³², sino que será necesario efectuar un exhaustivo análisis en torno a las condiciones precedentes que hubieran motivado la injerencia del Estado en el derecho a la libertad o intimidad de las personas, confrontándolas con la normativa constitucional y particularmente internacional contemplada en el artículo 75 inc. 22 CN.

Ello así, por cuanto la Corte IDH ha sido clara al establecer la imprecisión y vaguedad de las normas actualmente en vigencia en la materia a nivel nacional en nuestro país, que no incluyen referencias específicas, razones o parámetros que permitan justificar la sospecha que con carácter previo habilite la detención o requisa sin orden judicial. Tampoco contemplan una definición de “urgencia” que amerite prescindir de la intervención de la magistratura, de forma que no sea la intuición policiaca ni criterios subjetivos que no pueden ser verificados los que motiven una detención.

Consecuentemente, será necesario propiciar una interpretación particularmente restrictiva en torno a las excepciones que permitan afectar el derecho a la libertad personal, a la honra y a la intimidad sin orden judicial previa, a partir del control de convencionalidad que necesariamente habrán de efectuar los magistrados. De lo contrario, el Estado Argentino incurrirá en responsabilidad internacional. Por eso deberá tener especialmente presente la interpretación que ha efectuado la Corte Interamericana sobre la cuestión, con el objeto de no convalidar un indebido avance sobre las libertades individuales y colectivas.

Bibliografía

Bertelotti, Mariano. 2006. “La requisa personal”. Plazas, Florencia y Hazan, Luciano (comps.). *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Carrió, Alejandro. 2012. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

D´Albora, Francisco. 2013. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

Hitters, Juan Carlos. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación”, La Ley 2009-D: 1205.

32 El art. 7.2 de la CADH exige no solo la existencia de regulaciones que establezcan las “causas” y “condiciones” que autoricen la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad (Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* párr. 89); con cita de lo establecido anteriormente por la Corte IDH en el Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/5/14. Serie C nro. 279, párr. 161; y en el caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21/10/16. Serie C nro. 319, párr. 219.

Hopp, Cecilia Marcela. 2015. “Requisas y detenciones: el control judicial frente a los abusos de las fuerzas de seguridad”. Plazas, Florencia y Hazan, Luciano (comps.). *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maier, Julio. 1999. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pereyra, Pablo. 2006. “La detención de personas en el esquema constitucional”. Plazas, Florencia y Hazan, Luciano (comps.). *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pittier, Lautaro. 2016. “Control de Convencionalidad en Argentina”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Vol. 64: 161/187.

Sagües, Néstor. “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”. *La Ley* 2009-B: 1.

Ventura Robles, Manuel. 2011. “El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*. San José, IIDH, t. II.

Aramis Lascano

Activista sexo-disidente y abogade (UNLP). Ex becario doctoral ICJ-UNLP. Especialista en el Abordaje de las Violencias Interpersonales y de Género (FCJyS-UNLP). Doctorando en Ciencias Sociales (FaHCE-UNLP). Investiga sobre los procesos de criminalización a mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires. Coordina el área de Litigio Estratégico de Reset - Política de Drogas y Derechos Humanos. Aliado de la organización Furia Travesti. Correo electrónico: aramislascano@gmail.com

Preguntas más allá de los protocolos en los procesos de criminalización contra mujeres trans y travestis en clave contemporánea

El presente texto busca aportar una serie de interrogantes a partir del diálogo entre la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el precedente *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* y una investigación-acción en ciencias sociales que indaga en los procesos de criminalización llevados adelante en nuestro país contra mujeres trans y travestis por microtráfico de drogas ilegalizadas, sobre todo, a partir de la primera mitad de la década pasada. El reciente fallo de la Corte IDH ilumina una amplia gama de dimensiones sobre el funcionamiento de las fuerzas de seguridad; cómo estas interactúan con la administración de justicia penal: qué tipo de escenarios son más propicios para prácticas policiales violatorias de los derechos humanos; y qué clase de sujetxs pueden llegar experimentarlos con más frecuencia. Se trata de un largo proceso judicial que pretende ser inscripto en un momento histórico determinado -la década de 1990- pero que tiene que ser interpretado en dinámicas más amplias que trascienden las detenciones arbitrarias de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Tumbeiro. Algunas de ellas son la vaguedad normativa, la falta de control, el escrutinio acríptico de la actividad policial por parte de la administración de justicia, y la inconveniencia de una mirada unidireccional sobre el accionar de las fuerzas de seguridad (Saín, 2002; Eilbaum, 2006; Daich y Sirimarco, 2014; Dewey, 2015; Saín, 2015; Lascano, 2019; Lascano y Vélez, 2020) en la gestión diferencial de los ilegalismos (Foucault, 1989; Lascano, 2019; Lascano y Vélez, 2020).

Como lo anticipó la perita antropológica experta Sofía Tiscornia en su exposición en la audiencia ante la Corte IDH en *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* (2020) -revisitando lo que ya había expresado en *Bulacio vs. Argentina* (2003)- existe un fuerte patrón territorial y de clase social en las detenciones arbitrarias y requisas ilegales, y un direccionamiento selectivo de ellas, guionado por diferentes estereotipos. En su exposición, ante una pregunta de la representante de las víctimas, Tiscornia describe qué tipo de fórmulas -clichés- utilizaban las fuerzas de seguridad para llevar adelante detenciones arbitrarias por “averiguación de identidad” en la década de 1990. También cuenta cómo este fenómeno puede tener expresiones contemporáneas a través de la apelación a una larga lista de disposiciones amplias e imprecisas como “indicios vehementes de culpabilidad” o “motivos suficientes para sospechar” que circulan por los ordenamientos procesales provinciales.

A lo largo de esta última década, los modos en que se llevaron adelante los procesos de criminalización contra mujeres trans y travestis en grandes centros urbanos del país -pero con una situación particularmente problemática en la Provincia de Buenos Aires- han sido objeto de escrutinio, a partir del trabajo articulado, de organismos de derechos humanos, organizaciones y activistas trans, travestis y de la comunidad sexo-disidente (OVG, Akahatá y Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, 2016; AA.VV., 2016; Otrants, 2017a; Otrants, 2017b; Sánchez y Vásquez Haro, 2017). A través de estas presentaciones buscaron destacar el predominio de prácticas policiales, judiciales y penitenciarias en un entramado amplio de violaciones a los derechos humanos de las mujeres trans y travestis, que comenzaron a expresarse con mayor frecuencia a partir del impacto diferencial de las políticas de drogas y del encarcelamiento desde los primeros años de la década pasada (Otrants, 2017a, 2017b; Malacalza, 2019; Lascano, 2019; Álvarez, 2019). Este trabajo no pretende revisar cada una de estas iniciativas sino más bien tomarlas como puntos de partida e incorporar otras perspectivas para pensar qué tipo de dificultades pueden introducirse para desarraigar patrones institucionalizados de violencia institucional y participación en la gestión de mercados informales o ilegales, que podemos introducir en el análisis de los procesos de criminalización sobre mujeres trans y travestis en la Provincia de Buenos Aires.

Previamente, es necesario reponer algunas claves históricas que nos permitan entender algunas experiencias pasadas como constitutivas y constituyentes de fenómenos más contemporáneos. En particular, me refiero a la necesidad de apelar a una breve historización que nos permita delinear una cartografía más adecuada sobre el predominio de ciertas modalidades de relacionamiento del Estado a través de sus agencias policiales y la administración de justicia penal con los colectivos de mujeres trans y travestis, pero también con la gestión del delito en general. De esta forma, se pretende situar estos procesos en coordenadas concretas de análisis e intervención en clave de activismos legales transfeministas, sexo-disidentes, anti-

prohibicionistas, que busca eludir la apelación a claves heurísticas que lo entiendan como circunstancias reducidas a retazos de un pasado reciente. Por otro lado, se buscará la descripción y análisis de ciertos lineamientos que atraviesan a las políticas de control y represión de las drogas ilegalizadas en la Provincia de Buenos Aires y quiénes pueden participar en ellas, más allá de las agencias estatales, para tratar de describir qué tipo de señalamientos se pueden formular en procesos nutridos de procedimientos y prácticas policiales sistemáticas.

Como anticipa Merry (2010) suele existir, por un lado, una gran distancia entre los lugares transnacionales donde se dan las discusiones y formulan ideas sobre derechos humanos y el contexto y las situaciones específicas en las que se pretenden aplicar y, por otro, una vocación de universalidad a través de estándares basados en la racionalidad jurídica. Por estas razones, el presente texto busca construir una hermenéutica a través de perspectivas situadas que permitan entender, más allá de algunas virtudes, la viabilidad y sostenimiento de ciertas respuestas jurídicas, además de la pertinencia de llevar adelante estrategias no punitivas que esquiven el encarcelamiento como horizonte y que abonen a la construcción de otro tipo de escenarios vitales.

I. De los edictos policiales a la guerra contra el narcotráfico

Diferentes perspectivas periodísticas y académicas se han ocupado de explicar el lugar que ha ocupado la Policía Bonaerense en la gestión del narcotráfico en las últimas décadas (Pasquini y de Miguel, 1995; Dutil y Ragendorfer, 1997; Andersen, 2001, Dewey, 2015; Saín, 2015). En los primeros pasos de la investigación doctoral que me ocupa, decidí indagar en archivos históricos que entendía podían ayudarme a describir no solo qué formas asumía la persecución hacia las mujeres trans y travestis sino también qué otro tipo de dimensiones se podían introducir para entender el lugar que ocuparon las agencias en esta tarea en la época posdictatorial. En este sentido, indagué en el Archivo de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPPBA) -que es público y se encuentra a resguardo de la Comisión Provincial por la Memoria-, solicitando información sobre la persecución hacia estas poblaciones (con las categorías que eran definidas en ese entonces) en contextos de ejercicio del trabajo sexual callejero en la capital de la provincia de Buenos Aires.

Desde mediados de la década de 1980 hay numerosos registros policiales que refieren al accionar de la Unidad Regional La Plata, ocupada de llevar adelante tareas de inteligencia en la ciudad y diferentes hechos cuyos escenarios son cabarets, cafeterías o bares del casco urbano donde no solo hay “alternadoras” trabajando sino también que, en algunos de ellos, se comercializarían “alucinógenos, marihuana y cocaína”. También se refieren a que varios de estos locales eran regenteados por policías retirados -y también en actividad- e integrantes de la Concentración Nacional Universi-

taria (CNU¹), y que hay connivencia entre éstos y la comisaría correspondiente a la jurisdicción. Inclusive, en unos de estos partes de inteligencia, se señala que hubo una *razzia* policial en octubre de 1987 en estos cabarets luego de que autoridades políticas tomaron conocimiento de las actividades que se desarrollaban en estos lugares pero que tuvo como propósitos exigirles más coimas a los propietarios y avisarles que solo cinco cabarets continuarían funcionando porque “la mano vendría pesada”. En estos operativos participaron agentes de la Comisaría Novena de La Plata, la que tiene jurisdicción sobre el territorio donde se encuentra la “zona roja” de la ciudad.

Durante los primeros años de la década de 1990, la agenda del incipiente movimiento travesti-transsexual -centrado en la capital argentina- en articulación con parte del activismo gay-lésbico y de derechos humanos, estaba enfocada a la lucha contra la derogación de los edictos policiales y figuras contravencionales. En particular, contra aquellas que criminalizaban a las travestis y trans y/o a trabajadoras sexuales cis (Lascano, 2019). En la ciudad de La Plata, desde la década de 1990 hasta finalizados los años 2000, el comercio sexual en la ciudad estaba distribuido espacialmente en lugares privados y en diversos espacios públicos como calles, plazas y “esquinas”. Dichos espacios contaban con mayor concentración en uno de los límites del casco urbano, que es conocida como “zona roja” de la ciudad, y que se encuentra en un barrio residencial-comercial y en cercanías al “Paseo del Bosque”. Desde comienzos de la década de 1990 hasta fines de los años 2000, la inmensa mayoría de las detenciones estaban motivadas en presuntas infracciones a faltas y contravenciones asociadas al travestismo (Artículo 92, Inc. E, Decreto Ley 8031/73) o a la prostitución callejera (Artículo 68, Decreto Ley 8031/73), en apelaciones a figuras como “averiguación de identidad” de la ley orgánica policial de la provincia de Buenos Aires (Artículo 15, Inc. C, Ley 13.482) o simplemente por tareas de prevención policial y presuntos desórdenes urbanos o “escándalos” en la vía pública (AA.VV., 2016). Estos instrumentos legales facilitaban que travestis y mujeres cis trabajadoras sexuales argentinas y migrantes que formaban parte del mercado sexual callejero fueran el blanco predilecto para ser perseguidas, desplazadas, hostigadas, extorsionadas y criminalizadas por las agencias policiales locales, especialmente por la Comisaría Novena² (Lascano, 2019). Un testimonio de una travesti que ejercía el trabajo sexual durante la década del 2000 es sumamente ilustrativo del tipo de prácticas habituales que tenían que experimentar:

Siempre que me descuidaba, me llevaban. Por el 2009 o por ahí, era como prohibido estar parada en la zona y todos los días nos llevaban a la Novena. Y nosotras corríamos para que no nos agarren, corríamos al lado de los autos o

1 Una organización de extrema derecha con vínculos con las fuerzas armadas, la Policía Bonaerense y el Poder Judicial. Algunos de sus integrantes fueron condenados como civiles responsables de crímenes de lesa humanidad durante la década de 1970 y 1980 en Argentina.

2 El Día, “Denuncian amenazas”. 22/8/2001. Recuperado de <https://bit.ly/2GPEjQ0>

estos se bajaban y nos corrían [...] Veíamos un patrullero, la luz azulita y nos escondíamos. Porque si te veían, te llevaban. Pero todos los días. Te hacían perder la noche: te agarraban a las 10 de la noche y con suerte te soltaban a las 4 de la mañana (entrevista personal a F., septiembre de 2018).

Sin embargo, a partir de los primeros años de la década de 2010, comenzaron a llevarse adelante con cada vez más habitualidad procedimientos policiales individuales y masivos –algunos con características de *razzias*– que contribuyeron a que distintos actores consoliden un presupuesto general sostenido por la policía en las primeras investigaciones judiciales. Este presupuesto monolítico avalado también por quienes se ocupan de la persecución judicial de estos delitos y por otra clase de actores que intervienen en la gestión securitaria de la “zona roja”, señalaba básicamente que la oferta de sexo es una pantalla y que las travestis y mujeres trans, en realidad, simulan el ejercicio de la prostitución para participar en el microtráfico de cocaína (Lascano, 2019; Lascano y Vélez, 2020). De esta manera, se fue consolidando hasta la actualidad un desplazamiento punitivo en el cual la oferta de sexo en el espacio público de trans y travestis –y las consecuencias que presuntamente ella suponía– dejó de ocupar el centro de las preocupaciones en los discursos dominantes para cederle lugar al reclamo y las denuncias por la participación de mujeres trans y travestis –mayormente, migrantes latinoamericanas– en la venta al menudeo de cocaína (Lascano, 2019).

A partir del diálogo y la convergencia con otra investigación con claves etnográficas y eje en la “zona roja” de la ciudad de La Plata como territorio (Lascano y Vélez, 2020), se pudo identificar la potencialidad analítica de entender qué otras condiciones de posibilidad intervienen y facilitan este proceso de criminalización localizado en la capital bonaerense, más allá de los señalamientos sobre el funcionamiento de las agencias del sistema penal (Otrants, 2017; Sánchez y Vásquez Haro, 2017; Caravelos, Malacalza y Jaureguiberry, 2019; Lascano, 2019, 2020; Álvarez, 2019). Aquel ejercicio buscó evadir situar a las agencias policiales, la administración de justicia penal o la cooperación securitaria municipal como únicos protagonistas en la gestión de estos procesos para reponer otro tipo de actores. Entre ellos, sumó a los medios de comunicación locales y, centralmente, a la asociación vecinal del barrio, organizada a partir de un homicidio en ocasión de robo de un joven médico en el año 2015, que combina demandas securitarias e inscribe en ellas la necesidad de “erradicar”, “relocalizar” la “zona roja” y desplazar del paisaje urbano a las mujeres trans y travestis (Vélez, 2018; Lascano y Vélez, 2020). De esta forma, afirmamos que las prácticas de criminalización hacia las trabajadoras trans y travestis de la “zona roja” de la ciudad de La Plata son posibles a partir de la múltiple articulación de controles informales vecinales, la administración de justicia penal, las agencias de seguridad municipales y provinciales, y medios de comunicación locales que difunden y refuerzan los sentidos estigmatizantes socialmente disponibles.

A partir de la noción de “circuito punitivo”, pudimos incorporar una dimensión espacial y temporal que nos permite dar cuenta de cierta repetición y similitud en las trayectorias de trabajadoras sexuales trans y travestis y de interacción entre agencias estatales y sectores particulares de la trama urbana de la ciudad (Lascano y Vélez, 2020). En este entramado, permitimos registrar a las organizaciones que nuclean a mujeres trans y travestis, activistas feministas, sexo-disidentes, de derechos humanos, que tienden sus lazos y permiten articular estrategias que, aunque artesanales y subalternas, tienden a crear ciertos “cortocircuitos”. Este tipo de matices que atraviesan estos procesos de criminalización y las formas en que ciertas prácticas objeto de cuestionamiento en estos “cortocircuitos” son legitimadas y devienen posibles, son difíciles de introducir en el sistema judicial, en búsqueda de demandas de protección y promoción de los derechos humanos y de debilitamiento de las estrategias de encarcelamiento.

II. Situando los procedimientos policiales: ¿Qué me revisas si sos igual que nosotras?

En enero de 2016, a algunas semanas de haber asumido la nueva gestión del Poder Ejecutivo Nacional, se declaró la emergencia en seguridad y uno de los principales fundamentos enarbolados fue “el combate al narcotráfico”, lo que permitió el desembolso de una enorme cantidad de recursos para el fortalecimiento de las agencias persecutorias y comenzó a evidenciarse un fuerte exhibicionismo de su desempeño. Los resultados de las políticas de drogas durante este período consolidaron ciertas tendencias asociadas a la ineffectividad de las estrategias represivas, su direccionamiento sobre manifestaciones menores penalizadas por la legislación prohibicionista nacional y el lugar que ocupan sectores vulnerabilizados, como las mujeres cis y las mujeres trans y travestis, en el crecimiento de la tasa de encarcelamiento por este tipo de delitos (Martínez, 2014; Otrants, 2016, 2017; Souto Zabaleta, 2018; Souto Zabaleta, Sarti y Delfino, 2018; CELS, 2019). Estas políticas eran acompañadas y validadas por un uso instrumental de “números míticos y dogmas” -como la cantidad de incautaciones o de investigaciones judiciales- que, si bien no expresan un fenómeno netamente local, funcionan como marco propicio en escenarios sin análisis certeros, respecto de la magnitud de los mercados y ante serias deficiencias en torno a la conceptualización del problema del narcotráfico (Souto Zabaleta, Sarti y Delfino, 2018).

Ahora bien, en la provincia de Buenos Aires, la persecución del microtráfico entendido como último y menor eslabón de la cadena de comercialización -y de otras expresiones menores- es competencia de la administración de justicia penal local desde el año 2005, cuando se adhiere al régimen de desfederalización, al igual que

otras ocho jurisdicciones (hasta la fecha)³. Si se indaga en las estadísticas oficiales disponibles en la provincia de Buenos Aires, la inmensa mayoría de las investigaciones penales sin distinción de delitos terminan archivadas; o las denuncias que les dieron inicio, desestimadas. En el caso de las causas provinciales por microtráfico de drogas ilegalizadas calificadas penalmente como “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” y, de acuerdo a las estadísticas disponibles que comprenden el período 2016-2018, más del 90% tuvieron este desenlace, desestabilizando a la celebración cuantitativa como indicador de efectividad en la persecución, que se anticipa en los prolegómenos de cada uno de estos informes (MPBA, 2016, 2017, 2018). Como advierte Becker (2018), es importante analizar las estadísticas producidas por cualquier oficina estatal siempre y cuando se tenga en cuenta no solo los sesgos que pueden ejercer quienes las producen sino también indagando en cuáles son sus motivaciones al publicitar estos datos, es decir, qué quieren decirnos al respecto en función de datos disponibles.

De alguna manera, algo similar sucedía en los intercambios en el marco de la asamblea de vecinos del barrio-que, si bien probablemente no se caracterice por homogeneidad en su interior, sí comparte condiciones que construyen moralidades y repertorios discursivos racistas y transtravestiodiantes- cuando se reverencia no solo la presencia policial sino su despliegue a través de los procedimientos policiales y las detenciones derivadas de ellos (Lascano y Vélez, 2020). En la celebración de este tipo de indicadores y procesos, desde diferentes lugares, posiciones y condiciones de enunciación, podemos encontrar cómo converge la invisibilización de los modos en los que se producen las detenciones policiales; es decir, parecería que ni los medios utilizados ni la puesta en marcha de una indagación rigurosa sobre los resultados de los medios utilizados forman parte del escrutinio público.

En un trabajo de Darraidou, Tufro y García Acevedo (2019) que indaga en la expresión de la desfederalización en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se describió el uso judicial y la sobrecalificación a través de la figura de “comercialización” como forma de criminalización a usuaries pobres y racializadas de drogas ilegalizadas. En el caso de las mujeres trans y travestis detenidas en escenarios de control y regulación policial de los territorios, las imputaciones por “tenencia de estupefacientes

3 La provincia de Buenos Aires no solo fue la primera en adherir a este fraccionamiento de la competencia a través de la sanción de la Ley 13.392 en su legislatura local hacia fines del año 2005 sino que también que fue impulsora a través de funcionarios de alta jerarquía de la gestión bonaerense de entonces que incidieron en los debates públicos y parlamentarios. A este esquema de desfederalización, luego se adhirieron las provincias de Córdoba (2012), Salta (2013/14), Chaco (Ley 2015), Formosa (2016), Jujuy (2016), Entre Ríos (2018), Santiago del Estero (2018) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA, 2019). La Rioja y Tucumán también adhirieron, pero condicionaron su implementación a las transferencias de partidas del Estado Nacional.

con fines de comercialización” se transforman en formas solapadas de criminalizar a usuarias habituales de drogas, a trabajadoras sexuales y a aquellas que optaron por participar de economías ilegalizadas para sobrevivir -dentro de una reducida gama de alternativas-, en desmedro de quienes obtienen mayor rentabilidad y se nutren de este tipo de regulaciones.

Las modalidades de construcción de este tipo de imputaciones han sido variables y dinámicas, pero generalmente son posibles a partir de la ausencia de una tercera perspectiva entre las policías y las mujeres trans y travestis -tanto en los procedimientos individuales o masivos en la vía pública como en los allanamientos en los domicilios- que ponga en crisis la verdad policial construida y luego readecuada en los expedientes judiciales. Si bien esta tercera perspectiva puede ser cumplida cuando las requisas o los allanamientos son ejecutados por los agentes policiales acompañados por testigos de procedimiento en cumplimiento de las observancias legales exigidas, muchas veces la llegada de éstos es posterior a la exhibición de las sustancias presuntamente secuestradas. También sucede que el testimonio es receptado en la dependencia policial con el solo propósito de reafirmar el procedimiento policial inicial. *Sembrar droga* también opera como amenaza policial en caso de no acceder a exigencias económicas -o de otra índole- o como estrategia ante *resultados negativos* en las requisas:

A mi amiga [compañera de parada] le decía ‘mira, enfrente hay un coche, hace rato que están, que nos cuidan ahí’. Me subí al coche, porque ya los conocía por ahí. Los policías siguieron el auto, bajaron, hicieron bajar a los chicos. Empezaron a buscarme y no me encontraron nada [...] Ya entonces cuando me encontraron, me encontraron la plata nomás. Como no me encontraron, estaban poniendo bolsitas ellos mismos. ‘Ah te crees viva’, me decía ‘pues yo soy más vivo que tú’, me puso dos me acuerdo y me encontraron dos más, o sea, me fui detenida con cuatro [...] (entrevista personal a M., agosto de 2018).

Este tipo de prácticas ilegales suelen convivir con otras vinculadas a la violencia física, psicológica y sexual en el marco de rutinas policiales y, sobre todo, en el escenario de las requisas. En el año 2016 se dieron una serie de condiciones de posibilidad que transformaron en paradigmático a un proceso judicial contra mujeres trans y travestis en el departamento judicial de La Plata. Tiscornia (2008), en su tesis doctoral sobre el activismo en torno al caso Bulacio, repone que si bien éste se trató de un hecho singular, adquirió la capacidad de constituirse en un conjunto problemático que contiene en sí a todos los demás. Allí residió, justamente, su cualidad de “ejemplo” o “paradigmático” dentro de un universo de casos mayor.

En el caso que nos ocupa, se trata de una investigación iniciada un día viernes por un agente policial que participó en una asamblea vecinal contra la inseguridad en el barrio y, una vez terminada, tradujo en denuncia algunos señalamientos que allí se habrían realizado respecto a que “sujetos travestidos estarían llevando a cabo

maniobras extrañas; que de [...] hecho le dicen que estarían vendiendo drogas” (Denuncia, I.P.P. 00-00-033536-16). Tan solo siete horas después, esta denuncia se transformó en “acta de procedimiento policial e incautación”: cuatro policías varones se dividieron en dos grupos en autos particulares no identificados y se situaron en los alrededores de la esquina mencionada en la asamblea para luego señalar que pudieron ver “maniobras similares a la venta al menudeo de drogas” como presuntos “pasamanos” y mujeres trans y travestis que se “suben y bajan rápido del auto”. Realizaron filmaciones y también identificaron a “compradores previos”, es decir, personas que presuntamente habrían adquirido la sustancia ilegalizada de las investigadas, que fueron interceptadas para corroborar este intercambio ilegalizado y terminaron asumiendo una posición extraña: no son testigos ni tampoco técnicamente son imputados de un delito. Sin embargo, son tratados a través de una mirada criminalizante que condiciona su testimonio no solo por la forma y modos en que es obtenida sino también, en numerosas oportunidades, a través de amenazas por parte del personal policial de que le van a decir a sus familias que los vieron por la “zona roja” buscando sexo o sustancias ilegalizadas.

El personal policial describió por su estatura, cabellos y vestimentas y a través del uso de pronombres masculinos a las mujeres trans y travestis señaladas: cuatro fueron situadas en una esquina y cinco en la otra ubicada enfrente. Cuando en el expediente se relata el desarrollo de las requisas en el acta de procedimiento, se advierte que es una policía mujer quien las realizó (“por pudor”); que las revisaron debajo del corpiño, las carteras, la ropa y las bombachas, y que las denunciadas se quisieron escapar antes de la requisita y arrojaron “tres bagullos” de cocaína al piso; que las secuestraron, además, “una libreta con diferentes anotaciones que rezan fechas y montos elevados de dinero”.

Según registra el expediente, en total, fueron inicialmente detenidas nueve mujeres trans y travestis y se libró orden de detención respecto de otra: seis ecuatorianas, dos peruanas y una argentina. Cinco fueron aprehendidas, imputadas y luego liberadas por “facilitación de estupefacientes” y cuatro quedaron detenidas por “comercialización”, por decisión de la fiscalía confirmada por el juzgado de garantías interviniente. La primera actuación judicial del expediente ordenó la libertad de los tres “compradores previos” por entender que su “consumo personal” no afecta la “salud pública” -bien jurídico tutelado por la Ley 23.737-. Las cuatro que quedaron finalmente detenidas eran todas migrantes.

Sin embargo, el relato monolítico comienza a ponerse en crisis a partir de las primeras intervenciones de las mujeres trans y travestis detenidas en el expediente: hay un escrito de puño y letra hecho por una de ellas que exige que le devuelvan el dinero secuestrado y que en la libreta que le retuvieron tan solo consigna las anotaciones de menús de sus compañeras ya que, además de trabajadora sexual, se dedicaba como tarea complementaria a la venta de comidas típicas de su país de

origen. Las tres mujeres trans y travestis detenidas que tenían patrocinio privado decidieron prestar declaración indagatoria ante la fiscalía interviniente; la única que tenía defensa oficial no declaró, por sugerencia de su patrocinio técnico, situación que opera prácticamente como regla.

Esos testimonios de las mujeres trans y travestis exponen no solo otra clase de dimensiones a lo sucedido sino también que reflejan la necesidad de reflexionar sobre las condiciones de enunciación para verbalizar lo ocurrido. Una de las ecuatorianas comenta que había llegado hacía diez años a Argentina, que corrieron antes de la requisita porque los policías estaban de civil; que se subió y bajó rápido del vehículo porque no acordó el precio de un servicio sexual y que estuvieron más de veinte minutos contra la pared e, inclusive, que las amenazaron con dispararles. En esta declaración, también describe que le exigieron que se desnudara completamente en plena calle; que los policías se burlaban todo el tiempo; que fue una situación humillante y vergonzosa porque pasaban autos y transeúntes todo el tiempo y se quedaban observando; y que incluyó requisas anales y estrategias de sometimiento (Declaración Indagatoria A, I.P.P. 00-00-033536-16).

Una de las chicas peruanas describe una situación muy similar en su declaración indagatoria, pero también introduce que le sacaron de su cartera un labial y preservativos y que les tomaron fotos con un celular mientras las revisaban. De esta forma, el secuestro de elementos compatibles con el ejercicio del trabajo sexual -como preservativos- no fue registrado en las actuaciones policiales, una forma habitual de mantener incólume la hipótesis narcocriminal que puede ser fustigado a través de los testimonios de las mujeres trans y travestis, un relato disidente de testigxs al describir el proceder policial o probablemente una distracción en ese registro pormenorizado característico en las actuaciones policiales (Lascano, 2019; Álvarez, 2019).

En los días posteriores a estas declaraciones se interpusieron tres hábeas corpus denunciando las detenciones arbitrarias combinadas con prácticas crueles: uno por el ex Consejo Nacional de las Mujeres a través de la abogada lesbiana feminista Luciana Sánchez; otro por la organización Otrans mediante su presidenta Claudia Vásquez Haro -que presentó informes que describían y situaban los procesos de criminalización-; y, finalmente, el tercero promovido por la abogada particular de algunas detenidas. A la semana de haberse realizado las detenciones, la Sala IV de la Cámara Penal de La Plata hizo lugar a los planteos promovidos por los hábeas corpus y ordenó la libertad de las cuatro, luego de que en la audiencia correspondiente a este tipo de procesos judiciales -celebrada algunos días antes y con la participación de Luciana Sánchez y Claudia Vásquez Haro-se abriera un soporte digital en el cual se registraban los modos en que se llevó adelante el procedimiento policial y, particularmente, las requisas. En este precedente, señalaron que el procedimiento fue “vejatorio en grado sumo” y que el personal policial actuó de forma abusiva e ilegal. Además, afirmaron que era necesario establecer protocolos de actuación respetuosos de los derechos de

las mujeres trans y travestis y que debían ser revisadas por personas del “mismo género”. En este precedente judicial, se conjugaron dimensiones que organizaciones y organismos públicos y las propias trans y travestis denunciaban de diferentes modos: la realización de «requisas anales» por parte de personal policial masculino, la «desnudez forzosa», la violación de su identidad de género en las actuaciones policiales y judiciales y la falta de registración de cada una de las personas detenidas (AA. VV., 2016; Otrans, 2017). La resolución fue comunicada a la cartera de Seguridad provincial y a Asuntos Internos y ordenaron que se forme una causa penal por la posible comisión de delitos de acción pública.

Luego de este precedente, las agencias policiales intervinientes en la “zona roja” comenzaron a usar un biombo de madera para realizar las requisas y a ser realizadas por una oficial trans de la Comisaría de la Mujer y la Familia de la ciudad⁴ (Lascano, 2020). Sin embargo, los testimonios de quienes sufren los procedimientos policiales ayudaron a dotar de otros sentidos a la incorporación y el desenvolvimiento de la oficial trans que venía a resolver una “cuestión práctica”, las linternas, los guantes de látex y denunciar prácticas violatorias de los derechos humanos pese a que quien las ejecute sea una persona del “mismo género”.

Hacia fines de febrero de 2017, la organización Otrans denunció a través de un comunicado una nueva *razzia* policial contra las mujeres trans y travestis, responsabilizó a la administración de justicia penal por avalarla y agregó algunas afirmaciones sobre la oficial trans, quien habría tratado a “sus compañeras de putos, maricones insinuándoles que se vuelvan a su país” (Otrans, 2017b). La incorporación de esta oficial trans coincidió con la participación de Mara Pérez Reynoso en el Ministerio de Seguridad de la Nación, la efectivización de la reincorporación de la subcomisaria Analía Pasantino -patologizada y despedida discriminatoriamente por su identidad de género- y la sanción en octubre del mismo año de un «Protocolo General de Actuación de Registros Personales y Detención para Personas Pertenecientes al Colectivo LGBT» —aplicable para las fuerzas de seguridad nacionales— como parte de una batería de medidas estatales vinculadas a una gestión política de la diversidad y una particular concepción de la inclusión para legitimar y expandir los aparatos de violencia estatal (Spade, 2015).

III. Reflexiones finales

En la resolución de este tipo de casos que podríamos inscribir en el universo de violencia institucional dentro del Sistema Interamericano, suelen introducirse como medidas de satisfacción y garantías de no repetición adecuaciones normati-

4 El Día, “Biombo y una policía trans para la ‘zona roja’”. 2/10/2016. Recuperado de <https://bit.ly/2Fr7KXY>

vas, reformas legales o protocolos para compatibilizar el accionar de las fuerzas de seguridad con los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos. En las respuestas del Estado Argentino tanto en *Bulacio vs. Argentina* como en *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* se describe al “olfato policial” como una práctica del pasado; lo mismo ocurre referido a las detenciones policiales arbitrarias -sin orden judicial, ni situación de flagrancia-. En el primer caso, se trató de una detención policial por “averiguación de identidad” en el marco de una *razzia* posterior a un recital de una de las bandas más populares del país. La acción policial desencadenó en la muerte de un joven de 17 años y la condena parcial y leve del comisario a cargo del operativo de la Policía Federal Argentina. Por su parte, las detenciones ilegales y arbitrarias en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto en 1992 y de Carlos Alejandro Tumbeiro en 1998 por parte de agentes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y la Policía Federal Argentina, respectivamente, se produjeron en diferentes contextos aunque en ambos casos se involucraron sustancias ilegalizadas. Por ello, el Estado argentino enfatizó que “este tipo de prácticas policiales fueron promovidas por políticas de seguridad que se definían bajo el paradigma de la llamada “guerra contra las drogas” y que, además, resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial”⁵.

Sin embargo, como intentamos explicar, este tipo de prácticas continúan vigentes en los procesos de criminalización contra mujeres trans y travestis y, justamente, son posibles a partir de la realización de políticas persecutorias desproporcionadas e ineficaces contra manifestaciones menores, intercambiables, visibles y riesgosas, en las que pueden verse involucrados colectivos atravesados por una situación de desigualdad y violencia estructural. Estos contextos, cabe agregar, fundan las acciones positivas llevadas adelante por los activismos trans y travestis, reconocidas por el propio Estado argentino en cada una de las legislaciones específicas como la Ley de Identidad de Género (2012) y las iniciativas vinculadas al cupo laboral desde 2015⁶ en adelante.

Un reciente trabajo (Ciocchini, 2020) busca los elementos en común en el funcionamiento de la institución policial en la provincia de Buenos Aires y en Metro Manila (Filipinas) así como sus tensiones con las instituciones judiciales de cada lugar. Allí se señala cómo en ambos lugares se llevaron adelante reformas para abordar la demora judicial y como, para ello, se optó por la simplificación de procedimientos

5 Alegatos finales escritos de Argentina, expediente de fondo, folio 832,18/6/2020, en Corte IDH. Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. 1/9/2020. Párr. 26.

6 La Ley 14.783 impulsada en la Provincia de Buenos Aires por la activista travesti sudaca originaria Amancay Diana Sacayán, asesinada en el año 2015, cuyo crimen dio lugar a una batalla judicial, impulsada por familiares, amigos y activistas, aún vigente por nombrarlo como travesticidio.

y el favorecimiento del uso de mecanismos alternativos al juicio oral como el *plea bargaining* (juicio abreviado). En el caso bonaerense, se reconoció que no era posible para el sistema tratar todos los casos en juicios orales y, por lo tanto, el juicio oral no iba a poder reducir las demoras. Así, ante investigaciones policiales y miradas judiciales atravesadas por criterios de estandarización, el juicio abreviado es hoy el mecanismo que predomina como respuesta para la resolución de los procesos judiciales contra las mujeres trans y travestis -en condiciones sumamente desfavorables para tomar una decisión- y, de esta manera, se impide la sustanciación de un juicio oral, público y contradictorio. Esta alternativa permitiría no solo un control oralizado de la evidencia producida centralmente por la policía sino también la desestabilización de la abstracción, formalización y descontextualización que atraviesa a la lógica escrituraria del expediente judicial y la presunción de veracidad y autenticidad de la que gozan las actuaciones policiales (Goody, 1990; Eilbaum, 2006), que han sido puestas en jaque justamente en escenarios de juicios orales. El predominio del juicio abreviado debe ser situado en un proceso más amplio de consolidación de la lógica gerencial en el quehacer judicial, que disuelve, por un lado, las bases de las reformas y el adversarialismo -en tanto enfrentamiento entre el o la fiscal, la persona acusada ante un/a juez/a imparcial- y, por otro, el control de la evidencia producida por quienes llevaron adelante la investigación (Ciocchini, 2020).

Volver a preguntar sobre la pertinencia, pero también sobre la futilidad que pueden tener respuestas que pretendan abordar las requisas o las detenciones, requiere introducir dimensiones que trasciendan las fronteras trazadas por el entramado jurídico-penal que, justamente, no traduce cada una de las prácticas que se pretenden evitar en los papeles. Para ello, se pueden considerar los testimonios y demandas de quienes las experimentan y las condiciones de legitimidad del tipo de prácticas que se pretende evitar.

En este ejercicio un tanto apretado se aportan tan solo algunas coordenadas locales que pretenden ayudar a comprender en clave contemporánea las diferentes formas que pueden asumir los procesos de criminalización hacia las mujeres trans y travestis y la necesidad de fortalecer los controles y el monitoreo de las actividades policiales. La participación de las agencias policiales en la rentabilidad de economías y mercados ilegalizados y el uso oportunista del encarcelamiento de sectores vulnerabilizados como herramienta de gestión son perspectivas que deben ser introducidas para entender hacia dónde también hay que dirigir la mirada para revertir patrones institucionalizados.

IV. Bibliografía

AA.VV. 2016. Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina. Recuperado de <https://bit.ly/2wyPDK0>

- Álvarez, M. 2019. *Persecución penal de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires. El caso de La Plata. Una aproximación sociológica. Tesina de grado*. Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. La Plata, Argentina.
- Andersen, M. E. 2001. *La policía. Pasado, presente y propuestas para el futuro*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Becker, H. 2018. *Datos, pruebas e ideas*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata, Sala IV. “Paulet Moreno y otros”. CP 26697 y CP 26697/1. I.P.P. 00-00-033536-16.12/9/ 2016.
- CELS. 2019. Guerra con el narcotráfico, guerra contra los pobres. En *Derechos humanos en la Argentina: Informe 2019*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ciocchini, P. 2020. “El monitoreo judicial de la policía en el proceso penal: un análisis comparativo de los casos de Buenos Aires y Metro Manila”. *Cuestiones Criminales*, 3 (5/6), 224-263.
- Daich, D. y Sirimarco, M. 2014. *Policías y prostitutas: el control territorial en clave de género*. Publicar, 12 (17), 27-45.
- Dewey, M. 2015. *El orden clandestino. Política, fuerzas de seguridad y mercados ilegales en Argentina*. Buenos Aires: Editorial Katz.
- Dutil, C. y Ragendorfer, R. 1997. *La Bonaerense. Historia criminal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Planeta.
- Darraidou, V.; García Acevedo, M. y Tufró, M. 2019. “La desfederalización de la ley de drogas a la luz de la experiencia en la provincia de Buenos Aires”. Defensoría del Pueblo de CABA (Coord.). *Una alerta para la ciudad de Buenos Aires. A pesar de los 30 años de la Ley 23737 de drogas. Desventuras y añoranzas*. 18-26.
- Eilbaum, L. 2006. Tesis de maestría. “Los “casos de policía” en la Justicia Federal Argentina en la ciudad de Buenos Aires. El pez por la boca muere”. Universidad Federal Fluminense, Río de Janeiro.
- Foucault, M. 1989. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Goody, J. 1990. *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Lascano, A. 2019 “La persecución penal a travestis y mujeres trans en la “zona roja” de la ciudad de La Plata”. Trabajo Final Integrador. Especialización en el abordaje de las violencias interpersonales y de género. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.
- Lascano, A. 2019a. “No hay solo un mundo detrás del expediente penal: apuntes críticos sobre la persecución penal de mujeres trans y travestis en la “zona roja” de La Plata”. González, M.G.; Miranda, M. y Zaikoski Biscay, D. (Comps.). *Género y derecho*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, 115 - 134
- Lascano, A. 2020 “¿Qué me revisas si sos igual que nosotras? Apuntes en torno a la incorporación de mujeres trans y travestis en las fuerzas de seguridad de Argentina”. *Revista Derecho y Sociedad*, 49.

- Lascano, A. y Vélez, J. 2020. “Circuitos punitivos: limitaciones del populismo penal a partir de las prácticas de criminalización de mujeres trans y travestis en una zona roja argentina”. *Revista CS*, 31, 187-215.
- Lascano, A. 2020. “Mujeres trans y travestis encarceladas: resistencias, fugas y activismos tras las rejas y escritorios judiciales”. Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales, Área de Sociología de la Justicia Penal y Asociación Pensamiento Penal (Comps.). *Pandemia y Justicia Penal. Apuntes actuales para discusiones emergentes*, 73-100.
- Malacalza, L., Caravelos, S., y Jaureguiberry, I. 2019. “‘Narcotravestis’: procesos de criminalización de mujeres trans y travestis por el delito de venta de estupefacientes”, *Cuestiones Criminales*, 2(3), 3-18.
- Martínez, P.J. (Coord.) 2014. *Ley de desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes (Ley N°26.052)*, Buenos Aires: PROCUNAR, Procuración General de la Nación.
- Merry, S.E. 2010. *Derechos humanos y violencia de género: el derecho internacional en el mundo de la justicia local*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- MPBA.2016. Memoria de Estupefacientes. Recuperado de <https://bit.ly/3gPweet>
- MPBA.2018. Memoria de Estupefacientes. Recuperado de <https://bit.ly/3gPweet>
- Otrans.2016. Impacto negativo desproporcionado de la ley 23.737 sobre mujeres trans y travestis.
- Otrans.2017. Situación sobre el colectivo trans y travesti privadas de la libertad. Informe presentado al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Otrans Argentina.25/2/17. Repudio al accionar de la comisaría 9na y de la mujer [actualización de estado de Facebook]. Recuperado de <https://bit.ly/2V0ZgeI>
- OVG, Akahatá y Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights (2016). Información adicional para la consideración del Informe de Argentina. Comité de Derechos Humanos. Recuperado de <https://bit.ly/2DSRm18>
- Pasquini, G. y de Miguel, E. 1995. *Blanca y radiante. Mafias, poder y narcotráfico en la Argentina*. Buenos Aires: Planeta.
- Saín, M. 2002. *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Saín, M. 2015. *La regulación del narcotráfico en la Provincia de Buenos Aires* Buenos Aires: Editorial de la UMET.
- Sánchez, L. y Vásquez Haro, C. 2017. “Violaciones a los derechos humanos del colectivo trans y travesti migrante en Argentina”. *Revista Maíz*, 8. 46-51.
- Souto Zabaleta, M. 2018. “El régimen internacional de control de drogas, las «interpretaciones flexibles» y las incómodas iniciativas de regulación del mercado de cannabis”. *Penas y Estado*, 1 (1), 26-56.

Souto Zabaleta, M. Sarti, S. y Delfino, P. 2018. "Números míticos y dogmas como fundamentos de las políticas de control del narcotráfico en Argentina". XII Congreso Nacional y VI Internacional sobre Democracia, Rosario.

Spade, D. 2015. *Una vida normal. La violencia administrativa, la política trans crítica y los límites del derecho*. Barcelona: Edicions Bellaterra.

Tiscornia, S. 2008. "Antropología de la violencia policial: el caso Walter Bulacio". Tesis de doctorado en Antropología. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

Vélez J. 2018. "Suelos securitarios. Hacia una antropología urbana de las asociaciones vecinales por la seguridad en la ciudad de La Plata, Argentina". *Territorios* (39), 47-70.

Esteban Rodríguez Alzueta

Docente e investigador de la Universidad Nacional de Quilmes. Director del Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales (LESyC) y de la revista Cuestiones Criminales. Autor entre otros libros de Temor y control; La máquina de la inseguridad; Vecinocracia: olfato social y linchamientos; Yuta: el verdugueo policial desde la perspectiva juvenil y Prudencialismo: el gobierno de la prevención.

La violencia policial más acá y más allá de la agresión física: hostigamiento policial y resistencias juveniles

I.

Durante mucho tiempo las organizaciones de derechos humanos pensaron la violencia policial a través de las agresiones físicas: la tortura, la desaparición forzada y los fusilamientos extrajudiciales, una modalidad popularizada a través de la noción de “gatillo fácil”. No era para menos. La última dictadura proyectaba su sombra sobre una democracia frágil con muy pocos años y todos estábamos atentos a las continuidades, a la herencia cultural del proceso. Sin embargo, con el paso del tiempo nos dimos cuenta que las categorías que utilizábamos para problematizar la violencia policial nos empezaban a quedar chicas. Dejaban afuera otras rutinas policiales que no eran menores, no solo porque estaban muy difundidas-eran las prácticas con la que se medían los jóvenes morochos que vivían en barrios pobres-sino porque además agredían también la dignidad de las personas, cuestionando sus identidades, el uso del tiempo libre, sus estilos de vida.

Hoy sabemos que el “gatillo fácil” no es patrimonio de las policías: es una práctica que se ha generalizado en muchas ciudades del país. Si pensamos los homicidios dolosos con las estadísticas en la mano nos damos cuenta que tenemos más probabilidades de que el marido o el novio mate a su pareja adentro de su casa o que nos mate el vecino armado tras una discusión a que lo haga un policía. Incluso el gatillo suele usarse para dirimir las broncas y picas que los pibes mantienen entre sí para sacar cartel o adquirir prestigio. Peor aún, tenemos más chances que nos mate un joven en ocasión de robo o un vecino justiciero que morir de un balazo policial. Eso no significa que el gatillo policial ya no sea un problema. Al contrario, es un

gran problema, porque estamos hablando de funcionarios que fueron especialmente entrenados para usar la fuerza letal y no letal de manera profesional, es decir, de acuerdo a criterios de oportunidad, legalidad, racionalidad y proporcionalidad, criterios además que deben adecuarse a estándares democráticos e internacionales de derechos humanos.

Dicho esto, eso no significa que la violencia policial haya dejado de ser un problema. La práctica de rigor con la que se miden los jóvenes, sobre todo aquellos que pasan gran parte de su tiempo en el espacio público y viven en barrios pobres, son las detenciones policiales. Y que conste que hablamos de las simples detenciones policiales callejeras y no de detenciones por averiguación de identidad porque se trata de prácticas rutinizadas muy informales, que no quedarán registradas. Es decir, que no solo no pasarán a formar parte de las estadísticas policiales sino que tampoco serán informadas a los operadores judiciales, detenciones que se llevan a cabo más allá de cualquier protocolo, tomando como punto de apoyo las facultades discrecionales que la legislación ambigua todavía les reconoce.

Las detenciones siguen siendo la llave maestra que le abre las puertas a las otras rutinas policiales: no hay paseos en patrulleros sin detenciones; no hay demoras en comisarías y parada de libros sin detenciones; pero tampoco golpizas, montajes y causas armadas y alojamiento junto a presos comunes en calabozos para asustar un rato a las personas detenidas.

Ahora bien, el hecho de que no sigan ningún protocolo no implica que estemos antes rutinas caóticas. Estamos ante prácticas ritualizadas, organizadas según determinadas reglas de juego, formales e informales, que siguen determinados criterios. Una violencia, entonces, reglada. Como señala Augusto Montero:

Los “usos de la fuerza no se despliega de manera completamente azarosa, sino que forma parte de situaciones más o menos típicas, cuyas características son reconocibles no solamente para un observador externo sino también para los participantes en las interacciones en las que tiene lugar” (Montero 2010, 45).

Esos criterios que orientan a los policías en sus relaciones son los siguientes: *criterios de visibilidad* (los policías saben dónde se puede “aplicar” la violencia física y dónde conviene usar la violencia moral, emplear gritos, burlarse, provocar, etc.; el destrato puede ser público, pero la golpiza será en lugares privados, de espalda a la sociedad); *criterios de intensidad* (la violencia policial tiene distintos umbrales que señalan las dinámicas de un proceso de pasaje, es decir, es una relación escalonada; esos límites no dependen del policía sino además de las situaciones que contextualizan esta relación y las propias acciones de su interlocutor); *criterios de dramaticidad* (si la violencia tiene una dimensión expresiva, eso quiere decir que la violencia es una puesta en escena, una violencia actuada, con diferentes estilos); *criterios de oportunidad* (que establecen cuando conviene usarla: no solo habría que

tener en cuenta si es de día o de noche; no es lo mismo detener a alguien cualquier día de la semana que hacerlo el fin de semana; dependerá de la cantidad de trabajo o de las llamadas al 911 pero también de la cantidad de trabajo acumulado en cada comisaría); y, finalmente, de *criterios de selectividad o victimización* (que delimita la población objeto de las rutinas).

En efecto, esas detenciones no son al boleo o azarosas, sino focalizadas. Como siempre les digo a mis alumnos en la Universidad: la policía nunca se equivoca, siempre detiene a las mismas personas. En este país tienen más oportunidades de llamar la atención policial (ser merecedores del famoso olfato policial) los jóvenes que los adultos, los varones que las mujeres, los morochos que los blancos, los que viven en barrios pobres que aquellos en tienen su domicilio en otros barrios residenciales. Es decir, el joven morocho que vive en un asentamiento, viste ropa deportiva y anda con gorrita o se desplaza en una motito tuneada tiene todos los números para ser merecedor de la atención y la sospecha policial.

II.

El hostigamiento policial, como cualquier rutina, es una práctica situada, de modo que para entender los usos con sus diferentes lógicas hay que tener en cuenta las distintas circunstancias que la envuelven. Esas variables tienen que ver con el espacio y el tiempo, pero también con otros factores versátiles que están vinculados a los actores que participan de la relación. No es lo mismo que la detención se lleve a cabo de día o de noche; que sea un martes o un sábado; que se dé en el centro o en la periferia; que haya testigos o transeúntes o que no haya nadie en la calle; que la persona detenida esté sola o acompañada de sus pares; que la policía esté igualmente sola o con un compañero o llegue en patrullero. De la misma manera, la relación no será la misma si la persona en cuestión agacha o no la cabeza, si se limita a responder o si se sale del libreto que tiene en la cabeza el policía. Todos estos datos no sólo vuelven al hostigamiento una práctica situada, sino que nos permite comprender mejor su uso desigual y focalizado.

Decir que la violencia se usa *situacionalmente* quiere decir también que la violencia no es un dato previo, algo que dependa de una esencia (la policía como el mal) o que haya que rastrear en las cualidades mentales del actor (una supuesta locura, supuesto desquicio, etc.). La violencia policial no depende de características personales sino de variables situacionales. Los comportamientos crueles u hostiles no están vinculados a una cualidad específica de la personalidad sino a la situación. Entonces, no es la personalidad sino la situación lo que hay que desentrañar. La violencia se usa siempre en un contexto de actuación determinado, que dependerá de las interacciones de los policías con sus eventuales interlocutores, a partir de factores circunstanciales que irán evaluando permanentemente, revisando y ajus-

tando una y otra vez, pero siempre en cada caso particular. No hay respuestas de una vez y para siempre. Más allá de que estemos ante prácticas con un marco que las estructura, no hay que perder de vista tampoco las distintas situaciones.

Por eso, como bien señaló José Garriga Zucal, la violencia policial es una violencia “que los actores usan situacionalmente” (Garriga Zucal 2015, 9), sea para alcanzar ciertos fines en un contexto determinado o para acceder a determinados bienes materiales o simbólicos relevantes. Herramientas expresivas que son utilizadas en contextos de actuación específicos frente a determinados actores. No se usa siempre sino a veces y se usará de determinada manera. Por eso la pregunta que tenemos que hacernos cada vez que tiene lugar alguna forma de violencia es la siguiente: ¿cuáles son las condiciones que llevaron al policía a actuar de manera violenta?

III.

Cuando se piensa las rutinas policiales con la perspectiva de los y las jóvenes nos damos cuenta que estos y estas siguen siendo objeto de violencias que necesitan nuevas palabras para darles visibilidad. Los jóvenes suelen llamarle “verdugueo”, nosotros las llamamos hostigamiento o acoso policial. En efecto, las detenciones policiales no vienen con buenos modales sino con mucho destrato y maltrato. Sobre todo, insisto, cuando la población objeto de las misma forma parte de la clientela habitual. Las detenciones llegan con risas, burlas, provocaciones, imputaciones falsas, comentarios misóginos o llenos de doble sentido, bromas pesadas, gritos, insultos, manoseos o cacheos invasivos, requisas injustificadas, miradas lascivas o acosos verbales, reflectoreadas, ventajeos (robos de las drogas para consumo personal o dinero) y pequeños “toques” o “correctivos” que si bien no dejan marcas en el cuerpo impactan igualmente en la subjetividad de los pibes y las pibas.

Ahora bien, dicho esto, a la hora de comprender las dinámicas violentas que se activan con las *interpelaciones* policiales en cada detención habría que reponer la *capacidad de agencia* de los jóvenes. En efecto, soy partidario de que hay que correrse de las interpretaciones jurídicas de la violencia policial toda vez que presenta a los jóvenes como actores pasivos, como simple víctimas. No niego que esto no sea así, pero cuando pensamos las prácticas con el punto de vista de los jóvenes nos damos cuenta que estos son mucho más que víctimas, que la condición de víctima no solo suele negarse sino esconderse, que no los comprende ni identifica, que no siempre se sienten víctimas y que el estatus de víctima devalúa sus experiencias y apuestas creativas.

Por eso, para desvictimizar a los jóvenes, resulta importante repensar la violencia policial como una relación social entre distintos actores. Claro que se trata de una relación social desigual porque siempre estamos hablando de un actor investido de autoridad, uniformado y armado, y otro actor, a veces más joven, pero degradado moralmente, desinvertido de respeto. Ahora bien, el hecho de que esa

relación social sea asimétrica no significa que les jóvenes no puedan enfrentar o resistir la violencia policial. El virtuosismo juvenil es algo que hemos podido verificar en nuestros trabajos de campo a lo largo de la última década y media. Sobre todo, en aquellos jóvenes que forman parte de la “clientela policial”.

Para los policías no es fácil matar a una persona, pero tampoco resulta sencillo detener a los jóvenes. Ellos saben que pueden ser objeto del bardeo juvenil, de un chamuyo que los ablanda o desafía según el caso. Los policías cuando detienen a esos jóvenes toman riesgos, porque la resistencia de los jóvenes puede costarles el prestigio y transformarse en el hazmerreír entre sus propios pares.

El continuo hostigamiento policial genera vergüenza, miedo, bronca, pibes silenciosos. Pero otras veces estas rutinas se convierten en la oportunidad para ejercer el *enfrente*. Llamo *enfrente* a la capacidad creativa de los jóvenes para *hacer frente* a las policías. En efecto, los jóvenes no siempre agacharán la cabeza. A veces la acción policial será resistida y ninguna interpelación quedará sin contestación. Las estrategias son varias: a veces apelan al silencio, otras veces se harán los tontos o podrán burlarse de los policías. Pero en algunas ocasiones se dedicarán a bardear, incluso a cuestionar abiertamente el procedimiento policial. No son enfrentamientos ciegos: los jóvenes evalúan el contexto. Saben que no es lo mismo que los detengan de día o de noche; que haya o no testigos a su alrededor; que la detención tenga lugar en el centro o en su barrio; que estén solos o acompañados de sus pares; que sea un agente de la Gendarmería, de la Bonaerense o de la policía local; que sea hombre o una mujer; que lo conozcan o no. Son muchos los datos que evalúan a la velocidad de la luz. Esos *enfrentes*, como describimos y analizamos en el libro *Yuta* (Rodríguez Alzueta 2020), no son tampoco azarosos, sino que se organizan según determinados rituales que reparten roles y asignan papeles concretos. Los enfrentamientos están hechos de diálogos tensos que pueden escalar hacia los extremos. Pero los jóvenes aprendieron hasta dónde les conviene tensar la cuerda. Pero no siempre les conviene regalar. A veces tienen que tomar riesgos para responder con palabras filosas, provocadoras y desafiantes.

No es una tarea sencilla. Insisto, los jóvenes invierten una serie de riesgos cuando deciden enfrentarse a la policía. En la balanza de poder son los que tienen mucho más que perder. Saben que pueden pasar un muy mal momento pero así y todo, en determinados momentos, pueden mostrarse dispuestos a tomar esos riesgos porque les permitirá acumular un capital simbólico que después harán valer en otras relaciones con sus pares, sobre todo con aquellos otros grupos juveniles con los que mantienen broncas o picas. En efecto, la *cultura de la dureza* es un insumo que entrará en juego en las disputas interpersonales. Y esa *dureza* no es algo que se improvisa, no se compra en el kiosco de la esquina y tampoco se aprende mirando un tutorial de YouTube. Se aprende en la calle, relacionándose con otros actores, entre ellos con la policía, *enfrentando* a la policía, *aguantando* el verdugueo policial.

Los jóvenes saben los riesgos que corren cuando andan por la calle, lo saben por experiencia propia o ajena. No llegan a la detención como una página en blanco sino muñidos de repertorios previos aprendidos colectivamente. Una vez más: estamos hablando de la población habitué de las policías. De modo que las experiencias se van acumulando y transmitiendo entre los jóvenes. Una transmisión que no está exenta de pistas falsas, porque los más novatos suelen ser, dicho sea de paso, pasto verde para que el resto de sus pares se “manden la parte” o para que presuman destrezas que no tienen y “acuesten” a los inexpertos. De esa manera no solo hacen alarde de sus virtudes sino que testean la ingenuidad de los pares y, de esa manera, reproducen desigualdades al interior de su universo de relaciones.

De modo que a la violencia policial no hay que desacoplarla de las relaciones entre los jóvenes. Los jóvenes aprenden a reproducir sus desigualdades enfrentándose a los policías. Lo hemos visto en varias oportunidades en las escuelas donde realizamos parte de nuestro trabajo de campo: las mismas prácticas de hostigamiento policial de las que suelen ser objeto por parte de las policías son las que encontramos reproducidas al interior de las aulas. Sucede que el aula es un espacio donde los jóvenes entrenan destrezas y desarrollan cualidades que después van a necesitar para enfrentar a las policías o a los “vecinos ortibas”. Los jóvenes no solo enfrentan a los maestros que “se pusieron la gorra”, sino que los provocan para que lo hagan para, de esa manera, actuar la resistencia a la autoridad. Así, enfrentando a los maestros, aprenden a enfrentar a los policías.

Las destrezas desplegadas para hacer frente a los policías serán también utilizadas por los jóvenes alumnos para verdeguear a sus compañeros del curso. En otras palabras: los jóvenes se ríen, provocan, hacen bromas pesadas y degradan a sus propios pares, sobre todo cuando esos compañeros son hijos de “bolivianos”. Tal vez la dinámica de establecidos y marginados estudiada por Elias y Scotson (2016) pueda servirnos para explorar lo que sucede en las aulas de muchas escuelas hoy día, donde la estigmatización entre pares está reproduciendo racismos que pueden contribuir a escalar muchos conflictos hacia los extremos y donde la degradación es otra forma de hacer frente a otros grupos de jóvenes con los cuales mantienen una rivalidad. Aquí, insisto, todavía hay mucho terreno para seguir explorando y debemos hacerlo sin eufemismos. Los *enfrentes* a los maestros y el *verdegueo* de los jóvenes a sus compañeros no puede mapearse a través del bullying. Por eso nos preguntamos: ¿cuánto le deben estas prácticas violentas al hostigamiento policial? ¿Qué relación de continuidad existe entre el verdegueo policial y las acostadas a sus pares o los atrevimientos a los maestros?

Lo que quiero decir es que no se puede desacoplar la violencia policial del universo social de los jóvenes. Hay que leer un problema al lado de otros problemas, sin perder de vista: las disputas interpersonales, las habladurías y la estigmatización vecinal; la incapacidad instituyente de las escuelas para aportar o sugerir una

identidad a los jóvenes que compita con las identidades que auspician el mercado y con las cuales los jóvenes puedan identificar o proyectarse; y las dificultades que tienen otras organizaciones sociales del territorio para interpelar y proponerles otros horizontes a esos mismos jóvenes. En contextos de fragmentación social y declive institucional, cuando la trama social se ha ido deshilachando y desfondando económicamente hablando, las identidades juveniles se componen a partir de rituales y otras derivas violentas que atraen y empiezan a organizarlas prácticas de esos jóvenes.

IV.

Algo más que debería tenerse en cuenta a la hora de problematizar el hostigamiento policial que llega con las detenciones está vinculado al acceso a la ciudad y la gestión de los flujos poblacionales. En efecto, a través del hostigamiento las policías van *compartimentando* a los jóvenes en sus barrios. Cuando un policía detiene a un joven la pregunta que le hace es la siguiente: “¿Qué haces por acá?”. Es decir, qué hace el pobre en el mundo del rico, el negro en el mundo del blanco, el que no tiene capacidad de consumo en el mundo del gran consumo. Lo que le dice el policía al joven es “circulá”, “mové”, “no te quiero volver a ver por acá”. A través de las detenciones policiales establece de *facto* una suerte de *estado de sitio* o *toque de queda* para aquellos contingentes poblacionales que fueron identificados como peligrosos, estigmatizados como “barderos”, “vagos” o “pibes chorros”. Esos jóvenes no pueden acceder a determinados barrios de la ciudad o solo tienen permitido hacerlo determinados días del año en determinada franja horaria, más allá de la cual se convierten en “sospechosos”. Los jóvenes saben que la policía no está sola sino acompañada de los vecinos alertas. Hace rato que la policía participó a los vecinos en las tareas de control y son ellos los que le van mapeando a la policía la deriva de los colectivos que tanto miedo les inspiran. Por eso solemos repetir: no hay olfato policial sin olfato social. Detrás de la brutalidad policial está el prejuicio vecinal.

Las detenciones policiales son celebradas por la *seguridad preventiva*. No hay prevención sin detenciones y la prevención le abre la puerta a la punición policial. Como dice Didier Fassin (2018), las policías ejercen *castigos anticipados* cuando hostigan a los jóvenes. Es un castigo a cuenta, por las dudas, que quiere certificar los estigmas que esos mismos jóvenes tienen en la ciudad y su barrio, que va debilitando los lazos entre las diferentes generaciones y dejando solos a los pibes frente a la policía y otros actores que necesitan de sus destrezas que se templaron al interior del campo de la cultura de la dureza. Un pibe solo, además, es un pibe expuesto a la violencia incuestionable. No hay controles internos ni externos para la violencia policial, pero tampoco los operadores judiciales invertirán mucho tiempo para controlar este tipo de prácticas hostiles “menores”.

V.

Para terminar, me gustaría volver sobre una consigna muy sugerente (y por cierto productiva) elaborada por la Campaña Nacional Contra la Violencia Institucional: “Ni un pibe menos”. “Ni un pibe menos” significa que no hay que esperar a que maten a un pibe para activar la militancia: *hay que llegar antes*. Y para llegar antes debemos agendar como problema al hostigamiento policial. Para ello, hay que visualizar la dimensión moral de la violencia policial con todo su telón de fondo, sin contarse cuentos, sin romantizar a los jóvenes, pero evitando demonizar a los policías.

En segundo lugar, querría recalcar que estos jóvenes, además de ser *objeto de la violencia policial*, son *sujeto de acciones*, es decir, son dueños de repertorios aprendidos a través de los cuales enfrentan y resisten las rutinas policiales. Después de tantas detenciones muchos y muchas jóvenes aprendieron a “pararse de palabra”. Nos parece importante *reponer la capacidad de agencia* de estos y estas jóvenes para comprender las dinámicas de las violencias. La violencia es una relación social desigual, pero el hecho de que sea asimétrica no implica que sea contradictoria. Muchos jóvenes aprendieron a defenderse y están dispuestos -por distintas razones que no se pueden desarrollar acá por cuestiones de espacio- a tomar una serie de riesgos para hacer frente al hostigamiento policial. Esas resistencias tienen fecha de vencimiento, y no dejan de ser frágiles puesto que dependen de muchos detalles que no siempre pueden reproducirse en cada situación.

Tercero, y vinculado a lo anterior: *no hay que dejar solos a los pibes y pibas*; es decir: no hay que subestimar a las detenciones policiales. No solo la indiferencia es un problema, también lo es la falta de organización. Las organizaciones sociales junto a las instituciones del barrio deberían empezar a trabajar en conjunto para estar más cerca de los pibes y las pibas. No es fácil pero tampoco imposible. Si queremos llegar antes del gatillo policial, pero también antes del linchamiento vecinal, de la justicia por mano propia, de los enfrentamientos entre grupos de pibes, no solo hay que desarmar los estigmas sociales y agregar al acoso policial como problema, sino que hay que aprender a ponerse en el lugar de los pibes, los vecinos y también de los policías. Construir espacios de encuentro en cada uno de los territorios entre todos estos actores, sobre todo en aquellos barrios donde la circulación de la violencia es cada vez más evidente. Todo esto sigue siendo una materia pendiente. Hay mucho por hacer.

Cada vez que voy a un barrio a dar un taller sobre violencia policial suelo preguntarles a los referentes que organizaron la actividad si tienen el teléfono de la comisaría del barrio o si tienen el contacto del comisario. No solo no lo tienen, sino que desconocen el nombre de las autoridades policiales de la comisaría o destacamento del barrio.

No toda la violencia policial necesita ser judicializada. ¿Cómo cuestionar en los tribunales las detenciones sistemáticas que hace la policía a determinados colectivos de jóvenes? Pero, además ¿tiene sentido esperar una sentencia que reordene

las cosas? Gran parte de estas prácticas que acá repasamos pueden cuestionarse a través de la conversación con los policías, no se necesitan saberes específicos sino mucho sentido común. Un diálogo que nos quedará muy lejos si demonizamos a la policía. Si para los referentes del barrio la policía es “la yuta puta”, “la gorra”, esos conversatorios les quedarán cada vez más lejos. Estos referentes saben que de esa manera dejarán intactos o preservarán muchos principios con los que se identifican (“la policía es el aparato represivo de la clase dominante”, “hay que dismantelar los aparatos represivos”) pero deben saber también que de esa manera estarán, una vez más, dejando solos a los jóvenes en sus barrios a merced de la discrecionalidad policial, exponiéndolos a su brutalidad y a los prejuicios vecinales.

Bibliografía:

Bermúdez, Natalia y Previtali, María Elena. 2014. *Merodear la ciudad. Miradas antropológicas sobre espacio urbano e inseguridad en Córdoba*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba y Ediciones del IDACOR.

Brodeur, Jean-Paul. 2011. *Las caras de la policía*. Buenos Aires: Prometeo.

Cozzi, Eugenia, Enrique Font y María Mistura. 2014. “Desprotegidos y sobrecriminalizados: interacciones entre jóvenes de sectores populares, policía provincial y una fuerza de seguridad nacional en un barrio de la ciudad de Rosario”. *Revista Derechos Humanos*3 (8), p. 3-30.

Elias, Norbert y Scotson, John L. 2016. *Establecidos y marginados. Una investigación sociológica sobre problemas comunitarios*. México: Fondo de Cultura Económica.

Fassin, Didier. 2016. *La fuerza del orden. Una etnografía del accionar policial en las periferias urbanas*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Fassin, Didier. 2018. *Castigar*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

Frederic, Sabina (de.). 2015. *De armas llevar. Estudios socioantropológicos sobre los quehaceres de policías y de las fuerzas de seguridad*. La Plata: Ediciones de Periodismo y Comunicación.

Gabaldón, Luis Gerardo. 2015. “Empoderamiento juvenil y control policial informal”. *De prácticas y discursos* 2015,4. Universidad Nacional del Nordeste, Centro de Estudios Sociales.

Garriga Zucal, José (comp.). 2019. “Sacrificio y violencia. Representaciones del trabajo entre los policías de la provincia de Buenos Aires”. *Sobre el sacrificio, el heroísmo y la violencia. Aportes para comprender las lógicas de acción en las fuerzas de seguridad*. Buenos Aires: Editorial Octubre.

Garriga Zucal, José. 2010. “Se lo merecen. Definiciones morales del uso de la fuerza física entre los miembros de la policía Bonaerense”. *Cuadernos de Antropología social*, 32.: 75-94.

Garriga Zucal, José. 2012. “Un té para Pirelli: Los sentidos de la violencia para la policía de la provincia de Buenos Aires”. *Revista Question*, 1 (33).La Plata: 46-58.

Garriga Zucal, José. 2015. *El inadmisble encanto de la violencia. Policías y barras en una comparación antropológica*. Buenos Aires: Cazador de tormentas.

Garriga Zucal, José. 2016. *El verdadero policía y sus sinsabores. Esbozos para una interpretación de la violencia policial*. La Plata: Ediciones de Periodismo y Comunicación.

Hnatiuk, Aníbal. 2020. “Las detenciones por averiguación de identidad en la provincia de Buenos Aires. La aplicación de la Resolución Ministerial 2279/12.” Tesis de Maestría en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

Kessler, Gabriel y Dimarco, Sabina Alejandra. 2013. *Jóvenes, policía y estigmatización territorial en la periferia de Buenos Aires*. Espacio Abierto, 22 (2):221-243.

Montero, Augusto. 2013. “¿Con las manos atadas? Indagaciones sobre motivos y audiencias para las violencias policiales contra menores en la ciudad de Santa Fe.” *Revista Delito y Sociedad*, 36 (2), Universidad Nacional del Litoral: 76-102.

Montero, Augusto. 2013. “Niñez, exclusión social y ‘propiedad policial’ en la ciudad de Santa Fe”. *Revista Delito y Sociedad*, 30:33-53.

Plaza Schaefer, Valeria. 2018. “¿Por qué tu gorra sí y la mía no? Los procesos de construcción de identidad en jóvenes organizados contra la violencia policial”. *Revista Crítica Penal y Poder*, 14:55-75.

Rodríguez Alzueta, Esteban. 2020. *Yuta. El verdugueo policial desde la perspectiva de jóvenes*. La Plata: Malisia.

Rodríguez Alzueta, Esteban. 2020. *Prudencialismo. La prevención como forma de gobierno*. Buenos Aires: Las Cuarenta Ríos.

Tapia, Juan. 2019. “Claves políticas en las detenciones en averiguación de identidad”. *Revista Cuestiones Criminales*, 3:96-118.

Tapia, Juan. 2010. “Detenciones en averiguación de identidad. El disfraz de la ilegalidad policial. Orígenes históricos, perspectiva comparada y operatividad concreta de un dispositivo configurador de un sistema penal paralelo”. Tesis de Maestría, Sistema Penales Comparados y Problemas Sociales, Universidad de Barcelona.

Ugolini, Agustina. 2017. *Legítimos policías. Etnografía de lo ilegal entre policías de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Antropofagia. II

SECCIÓN III

Proyecciones de la decisión de la Corte IDH a nivel internacional

Tomás I. Pascual Ricke

Abogado de la Universidad de Chile. Máster en Derecho con mención en Derechos Humanos, London School of Economics and Political Science. Jefe de la Unidad de Derechos Humanos de la Defensoría Penal Pública de Chile.

**Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*:
enfrentando un mal endémico en la región¹****I. Introducción**

La sentencia del Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*² debe ser considerada como un hito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte o Corte IHD) en materia de libertad personal. Acá, la Corte avanzó en dos líneas novedosas para el desarrollo del contenido y alcance del derecho a la libertad personal contenido en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o CADH), relativas a la exigencia de elementos probatorios concretos que fundamenten la actividad de control policial, así como la incorporación de una nueva dimensión de protección a partir del derecho a la honra y la intimidad contenido en el artículo 11 del mismo instrumento internacional. Este avance en el desarrollo del estándar interamericano para el resguardo del derecho a la libertad personal resulta tremendamente relevante para el trabajo que, día a día, defensores y defensoras realizan en el continente, en el marco del proceso penal, y para el que otros defensores y defensoras de derechos humanos llevan a cabo en ámbitos que exceden lo estrictamente penal. Además, constituye una guía clara para los Estados en la manera en que deben diseñar la normativa y práctica de una actuación tan cotidiana como relevante en la vida de las sociedades democráticas, a saber: la restricción de la libertad personal por vía de la detención en contextos de labores de prevención y control del delito.

1 Agradezco a Rocío Belén Martínez la revisión y comentarios realizados durante la elaboración de este trabajo.

2 Corte IDH. Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. 1/9/2020.

En este orden de ideas, el presente trabajo utiliza un esquema similar al del fallo, para retratar mediante dos ejemplos adicionales a los desarrollados en la sentencia el déficit estructural en el continente acerca del actuar discriminatorio de las policías en las labores de prevención del delito y control del orden público. A través de las recomendaciones de los órganos de protección del sistema universal de protección de los derechos humanos, así como los del sistema interamericano y de un caso local, se describen los problemas que enfrenta la labor de las policías vinculadas a la restricción de la libertad personal con base en criterios prohibidos y reñidos con el respeto a los derechos humanos. A esto se le dará el nombre de cartografía de las detenciones arbitrarias en América Latina y el Caribe.

En un segundo apartado, el trabajo analiza los avances que trae la sentencia en materia de la protección del derecho a la libertad personal, avances que aumentan el ámbito de aplicación del artículo 7 y 11 de la Convención Americana en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía y el deber de adecuar las disposiciones de derecho interno. A partir de esta descripción se concluye, en un tercer apartado, las bondades que este caso trae para el trabajo de operadores del sistema de justicia penal y demás defensores y defensoras de derechos humanos, dentro de los que destacan los y las defensoras públicos interamericanos.

II. Una cartografía de las detenciones arbitrarias más allá de Argentina

La sentencia se ocupa de evidenciar con mucha claridad el contexto en el que se dan los hechos del caso, que retratan un problema estructural en el uso de las facultades policiales para la práctica de las detenciones en labores de prevención y control del delito. Para ello, se vale de una serie de recomendaciones efectuadas por los órganos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH)³ a Argentina, e incluso un fallo de la propia Corte IDH que declaró la responsabilidad internacional de ese país en el caso *Bulacio*⁴.

Sin embargo, esta situación no es exclusiva de la República Argentina. Se trata de un mal endémico, que afecta fuertemente a la región y en donde las desigualdades estructurales propias de América Latina y el Caribe funcionan como “caldo de cultivo” para la utilización de criterios discriminatorios en las tareas de prevención y control del delito por parte de las fuerzas policiales. De hecho, en la sentencia del caso que motiva esta obra, la Corte IDH hizo referencia a otros dos casos donde los

3 ONU, Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Argentina, 5/4/95, párr. 161; ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre visita a Argentina, 23/12/03, párr. 11.

4 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18/9/03, párr. 69.

agentes policiales llevaron a cabo actuaciones con base en criterios discriminatorios, para aprehender o afectar derechos de terceras personas en el contexto de sus labores de control. Se trata del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*⁵ y el caso *Azul Rojas Marín vs. Perú*⁶.

En el primero, la Corte IDH se refirió al uso de perfiles raciales como el elemento decidor mediante el cual los agentes policiales detuvieron a las personas haitianas o dominicanas de origen o ascendencia haitiana, concluyendo que ello resultaba manifiestamente irrazonable y por tanto arbitrario, lo que supuso una infracción del artículo 7.3 de la CADH⁷. Además, y aunque no se cita por cuestiones de temporalidad en la sentencia de *Fernández Prieto y Tumbeiro*, otro caso relacionado con esta línea de argumento para dar cuenta de situaciones discriminatorias en la labor de control de las policías se encuentra en el caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*⁸. Aquí la Corte IDH ahondó en la utilización de criterios discriminatorios para el abordaje que la policía emplea en contra de las víctimas, vinculadas a aspectos raciales⁹. En este sentido, destaca una cita al Informe del 2015 del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas, que describe un fenómeno que se enmarca en un contexto mucho más amplio que la situación argentina, y que señala:

los agentes de policía y de inmigración y los funcionarios de prisiones a menudo actúan basándose en perfiles raciales y étnicos, en muchas formas distintas y perniciosas. También puede suceder que las políticas oficiales faciliten prácticas discrecionales que permiten que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley dirijan selectivamente sus actuaciones hacia grupos o personas basándose en el color de su piel, en su vestimenta, en su vello facial o en el idioma que hablan. A veces también existe un sesgo implícito que motiva la utilización de criterios raciales y étnicos en la actuación de las fuerzas del orden. Aunque algunos estudios han demostrado la ineficacia de la utilización de perfiles raciales y étnica, los funcionarios siguen recurriendo a esa práctica¹⁰.

5 Corte IDH. *Caso de las personas haitianas y dominicanas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28/8/14, párr. 368.

6 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12/3/20.

7 Corte IDH. *Caso de las personas haitianas y dominicanas expulsadas vs. República Dominicana, supra*, párr. 368.

8 Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31/8/20.

9 Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina, supra*, párrs. 94-101.

10 Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Sr. Mutuma Ruteere, UN Doc. A/HRC/29/46, 20/4/15, párr 16.

Por otra parte, el caso *Azul Rojas Marín y Otra* retrata una situación similar de afectación del derecho a la libertad, que afectó a una mujer trans, con consecuencias aun más graves para su integridad personal. El hecho de que los funcionarios policiales llevaran adelante un procedimiento de control sobre esa persona en particular dejó en evidencia su actuar discriminatorio, que se vio acompañado de un contexto de discriminación estructural contra la población LGBTI. La Corte IDH consideró que

ante la ausencia de un motivo conforme a la ley por el cual la presunta víctima fue sujeta a un control de identidad y la existencia de elementos que apuntan hacia un trato discriminatorio por razones de orientación sexual o expresión de género no normativa, la Corte debe presumir que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias¹¹.

En el contexto del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos también se ha relevado la situación estructural de discriminación en el contexto de las actividades policiales. Argentina había sido advertida por el propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre esta materia¹². Además, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, en su visita a Argentina el año 2018, sostuvo que

la posibilidad de detener a una persona sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito se utiliza ampliamente de manera discriminatoria y subjetiva, es decir, orientándose a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como los niños de la calle, los miembros y los dirigentes de comunidades indígenas, los migrantes, las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y otras personas¹³.

Sin embargo, como se viene sosteniendo, esta es una materia que escapa a los contornos territoriales de Argentina. El mismo Grupo de Trabajo manifestó su preocupación en su Informe del año 2015¹⁴ acerca de la frecuencia cada vez mayor -y que en algunos países alcanza un grado de sistematicidad- de detenciones arbitrarias como consecuencia de leyes y políticas sobre fiscalización de drogas. El Grupo hizo especial referencia a la situación registrada en Brasil (y Asia Sudoriental) para relevar la situación de la reclusión obligatoria de personas de quienes se sospecha que consumen drogas. Esto había sido precedido por un informe del Grupo de Trabajo

11 Corte IDH. Caso *Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*. Sentencia de 12/3/20, párr. 128.

12 Comité de Derechos Humanos ONU. Observaciones Finales sobre Argentina, 31/3/10, párr. 15; Observaciones finales sobre Argentina, 10/8/16, párrs. 17-18.

13 ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 19/7/18, párrs. 26-27.

14 ONU. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 10/7/15. A/HCR/30/36.

en su visita a Brasil, el año 2014, donde hizo referencia a las detenciones indiscriminadas efectuadas por la policía a consumidores de drogas¹⁵.

Situaciones similares a las anteriormente descritas fueron recogidas por los informes del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en sus visitas a El Salvador, Colombia y Ecuador. Sobre la situación de El Salvador, el Grupo dio cuenta de la existencia de arrestos masivos sin autorización judicial, dirigido a jóvenes que -presuntamente- integraban pandillas¹⁶. En el caso de Colombia, el Grupo llamó la atención sobre la gran cantidad de casos en que los agentes de la policía conducían a las estaciones de policía a personas que, por lo general, presentaban rasgos de vulnerabilidad social, sin una justificación legal y sin mantener un registro de las capturas ni el período que permanecen privadas de libertad. Además, algunas de las actuaciones policiales para realizar detenciones en zonas populares se justificaban en motivos de prevención, pero orientadas a ciertas categorías de personas vinculadas a su aspecto o forma de vestir¹⁷. Por último, en el caso mexicano, el Grupo de Trabajo llamó la atención de las detenciones practicadas en el marco de la “revisión y vigilancia rutinaria”, que se enmarcaba en las acciones preventivas contra la delincuencia y que se sumaban a las detenciones por sospecha, fundadas en aspectos subjetivos y que agravaban los efectos de la detención¹⁸.

Lo anterior, a juicio de los organismos de protección del SUDH, se ve reforzado por los incentivos perversos existentes para el trabajo de las policías y las políticas de persecución. En ese sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria había señalado, a propósito de su visita a Argentina el año 2003, haberse encontrado con numerosos casos en los que

Incentivados los agentes policiales por la necesidad de mostrar efectividad ante la ola de delincuencia, han inventado y fabricado casos a través de la detención de personas inocentes, tras haber informado de resultados exitosos en la persecución de un delito¹⁹.

A lo anterior hay que sumar la presión de las autoridades políticas por el control del orden público y los criterios efectistas para llevar adelante esta tarea. Se trata de

15 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre visita a Brasil, 30/6/14, A/HRC/27/48/Add.3, párr. 117.

16 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre visita a El Salvador, 11/1/13, A/HRC/22/44/Add.2, párrs. 109-111.

17 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre visita a Colombia, 16/2/09, A/HRC/10/21/Add.3, párrs. 50-58.

18 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre visita a México, 17/12/02, E/CN.4/2003/8/Add.3, párr. 42.

19 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre visita a Argentina, 23/12/03, párr. 47.

una amenaza que se cruza con elementos populistas, que pone en serio riesgo la vigencia de un Estado de derecho democrático, respetuoso de los derechos humanos. Grafica lo anterior lo ocurrido el año 2018, en una ciudad de la costa de Chile. En el contexto de control policial, funcionarios policiales detuvieron un vehículo cuyos vidrios estaban polarizados. Para los agentes, un vehículo de esas características constituía un elemento que convertía en “sospechosos” a sus ocupantes. Los funcionarios detuvieron el vehículo y registraron, contra la norma expresa que los habilitaba, el maletero del auto. Se encontraron armas de grueso calibre y municiones. Los ocupantes del vehículo fueron detenidos y llevados ante el juez de garantía para controlar su detención. El juez decretó la ilegalidad de esta, utilizando criterios de normativa interna y convencional, dejando en libertad en las personas imputadas²⁰. El caso atrajo el revuelo público, y hasta el mismísimo ministro del Interior y Seguridad Pública de la época manifestó el malestar con el criterio del juzgador. El ministro no se quedó ahí y anunció la presentación de una queja contra el magistrado, agregando que:

no se puede equivocar tanto y aplicar de forma tan incorrecta sus deberes legales de proteger a la ciudadanía frente a la delincuencia, más aún frente a una delincuencia armada y más aún frente a delincuentes que portaban en su auto un verdadero arsenal²¹.

Este episodio, como muchos otros, da cuenta de una concepción muy mal entendida del proceso penal, que amenaza constantemente las garantías procesales, pretendiendo utilizar criterios de persecución consecuencialistas. Más peligroso resulta cuando altas autoridades de un Estado llevan adelante ese nivel de presión e interferencia en las labores de otros poderes del Estado. Se trata de un problema mucho más profundo y que tiene diversas aristas que escapan a este trabajo, pero que vale la pena tener en cuenta para relevar aun más el valor de la sentencia dictada por la Corte IDH.

III. Los avances del caso en materia de restricción a la libertad personal en contextos de control y prevención del delito

La Corte IDH aborda los hechos denunciados desde la perspectiva de dos derechos: la libertad personal y la protección de la honra y la dignidad. Se trata de una aproximación novedosa para analizar afectaciones convencionales en el contexto de las actividades policiales de prevención del delito, ampliando la expectativa

20 Juzgado de Garantía de San Antonio. Causa RIT 3027-2018. Audiencia de control de detención, 29/5/18.

21 <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-valparaiso/ministro-chadwick-el-juez-de-san-antonio-ha-actuado-contraviniendo-la/2018-06-02/145936.html>

de intimidad y por ende de protección. Por un lado, a propósito de la interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba el señor Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y, por otro, la detención con fines de identificación y requisita corporal del señor Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina.

La novedad radica en que la Corte IDH precisa aspectos para orientar la conducta policial que permitan una actuación conforme a criterios objetivos, con presupuestos probatorios que sean capaces de explicar la conducta de los agentes policiales. Gran parte del análisis efectuado por el Tribunal Interamericano tiene relación con la ausencia de motivos que sean capaces de explicar la conducta de los policías. La otra novedad se refiere a la incorporación de la valoración del derecho a la honra y la privacidad para definir una intromisión inconvencional al ámbito de la intimidad de las personas, a propósito de la invasión de terceros a esa esfera. Esto resulta especialmente relevante para este caso, pues la Corte IDH por primera vez desarrolla esta línea de análisis²².

El Tribunal se refiere a la convalidación que efectúan los tribunales internos (y el persecutor) de la actuación de las policías *ex post*, al encontrarse con elementos que serían constitutivos de un delito. La Corte IDH sostiene que ello no satisface el estándar exigido por la CADH para restringir la libertad. Fundarlas en criterios de eficacia en la prevención del delito y/o control del orden público, no resulta suficiente. En sus propias palabras, la Corte señala que “una actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales”²³.

A partir de lo anterior, la Corte IDH arriba a la conclusión de una falta de adecuación de la conducta de los agentes policiales con la legislación vigente, convirtiendo la detención en ilegal, según se desprende de los artículos 7.1 y 7.2 de la CADH. La Corte sostiene que;

con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del señor Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente²⁴.

A continuación, la Corte IDH avanza en la identificación de criterios objetivos para

22 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párrs. 102 y ss.

23 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 83.

24 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 74.

el control y/o detención con fines de registro. La Corte IDH se adentra en un terreno lleno de grises en el ámbito de las tareas policiales de prevención y control, y entrega pautas claras para el modo de proceder que debe guiar el actuar de los agentes policiales. Tomando en cuenta la prueba pericial rendida por la perito Sofía Tiscornia, la Corte IDH refiere como una “calificación no objetiva”²⁵ la actitud o apariencia de una persona como sospechosa, lo cual solo se sustenta en ideas preconcebidas sobre las que se construyen estereotipos. En este sentido, la Corte IDH señala que:

ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención²⁶.

Con base en la prueba pericial del perito Juan Pablo Gomara y teniendo en cuenta algunos criterios ya referidos en las sentencia del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, el Tribunal arriba a la conclusión de que:

el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, su manera de vestir y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona “de gente humilde” por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención²⁷.

En consecuencia, el Tribunal Interamericano considera la actuación de los funcionarios policiales contraria a los numerales 1 y 2 del artículo 7 de la CADH, por tratarse de una detención “basada en prejuicios”²⁸.

25 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 80.

26 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 81.

27 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr.82.

28 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr.86.

Además de la verificación de la inconventionalidad de las conductas desplegadas por los agentes policiales en uno y otro caso, la Corte IDH desarrolla el estándar interamericano que se debe tener en consideración para este tipo de casos, vinculándolo directamente a un problema de diseño. En este sentido, la Corte señala que

las regulaciones que determinen las facultades de los funcionarios policiales relacionadas con la prevención e investigación de delitos incluyan referencias específicas y claras a parámetros que eviten que una interceptación de un automóvil o una detención con fines de identificación se realice arbitrariamente²⁹.

A juicio de la Corte IDH, esto se logra mediante “la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención”, sino que a partir de “hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción”³⁰.

En consecuencia, los Estados deben incorporar un estándar probatorio objetivo como presupuesto para la actuación policial³¹, además de evitar la redacción ambigua o amplia de las facultades que permiten la actuación de sus agentes en estos casos³². Se trata de un mandato dirigido a los poderes Ejecutivo y Legislativo para que, en el diseño de políticas públicas y protocolos de actuación policial, consideren tanto a nivel normativo como práctico el uso de herramientas que le permitan a las policías evitar el uso selectivo del aparato estatal para el desarrollo de las labores de prevención y control del delito.

En relación con la protección de la honra y la dignidad, la Corte IDH estableció una vinculación en este caso, a propósito de la revisión efectuada por los funcionarios policiales al vehículo del señor Fernández Prieto y las vestimentas del señor Tumbeiro.

Sobre el primero, la Corte sostuvo que;

[a] la luz de lo anterior, el Tribunal considera que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades³³.

29 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr.90.

30 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 90.

31 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 91.

32 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 98.

33 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr.102.

La Corte IDH ahonda en este asunto y agrega que;

las restricciones al derecho a la vida privada deben, como primer requisito para no ser catalogadas como abusivas o arbitrarias, estar “previstas en la ley”³⁴ y, en este caso, la inspección sin orden judicial de un vehículo detenido en un control policial no estaba contemplada expresamente en la normativa procesal vigente, la Corte estima que el registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto constituyó una injerencia ilegal en su vida privada y un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.³⁵

En el caso del señor Tumbeiro, el Tribunal Interamericano también innovó, tomando en cuenta para ello la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y sostuvo que;

un registro corporal puede tener una incidencia y constituir una afectación a la protección de la honra y la dignidad. Por esta razón, los registros corporales que realicen las autoridades a personas detenidas deben realizarse en debida consideración a los límites impuestos por la Convención Americana³⁶.

La Corte IDH señaló que aun cuando la vida privada y la honra pueden restringirse en ciertos casos, la intervención efectuada a la víctima no era de aquellas que lo justificaban, pues los motivos que se tuvieron para llevar a cabo la revisión obedecieron a criterios discriminatorios como la forma de vestir, el nerviosismo y el lugar en el que se encontraba transitando. Además, la requisita corporal no se ajustó a los procedimientos establecidos en la propia ley, siendo esta última, además, imprecisa y contraria al principio de tipicidad.

A propósito de la requisita corporal, la Corte IDH avanzó en el desarrollo de un nuevo estándar, al sostener que;

las requisas corporales solo pueden ser efectuadas previa orden judicial debidamente motivada. Sin perjuicio de ello, si bien pueden existir situaciones excepcionales en las que la prevención del delito como un fin legítimo cuya consecución es atribuida a los cuerpos de seguridad estatales, y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, pueda justificar la práctica de una requisita, la Corte estima que esta en ningún caso puede resultar desproporcionada y tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad³⁷.

En síntesis, la sentencia desarrolla estándares en el cumplimiento de las obligacio-

34 *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27/1/09, párr. 56.

35 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro*, párr. 103.

36 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 104.

37 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 109.

nes derivadas del Pacto de San José en tres sentidos relevantes para el derecho a la libertad personal, la honra y la intimidad, y que, como se verá a continuación, son muy útiles para el trabajo que desarrollan defensores y defensoras en el terreno del control de legalidad de las detenciones y demás operadores vinculados a la protección de los derechos humanos en general.

IV. El impacto de la sentencia para el sistema penal y más allá.

El caso contempla hechos ocurridos con una distancia de seis años. En ambos supuestos, detenciones ilegales y arbitrarias por parte de agentes policiales, cuyos criterios de actuación estuvieron teñidos de elementos discriminatorios. A pesar de que se trata de episodios ocurridos en la década de 1990, son hechos que perfectamente pudieron suceder ayer, en pleno 2021, en alguno de los países del continente o incluso de más allá del Atlántico o el Pacífico. Esto demuestra el valor del caso para el trabajo que defensores y defensoras, en las Américas y el mundo entero, realizan a diario para impugnar detenciones y privaciones de libertad arbitrarias.

Se trata del desarrollo de estándares que son necesarios para la realidad actual del continente, convulsionado por la pandemia del Covid-19, pero precedido por episodios de importantes manifestaciones y crisis sociales en Nicaragua³⁸, Bolivia³⁹, Ecuador⁴⁰, Chile⁴¹ y Colombia⁴², y que cada cierto tiempo tienen un recrudecimiento. A ello se suma la mayor crisis de movilidad humana que la región haya conocido, con un éxodo de más de cinco millones de personas desde Venezuela⁴³. En ese escenario, el valor de la sentencia pronunciada por la Corte IDH tiene un efecto que resonará con fuerza tanto en el ámbito del proceso penal como en otros ámbitos donde la libertad de las personas suele verse restringida por consideraciones sociales y de conveniencia política.

En ese sentido, y a pesar de la tardanza con que esta sentencia vio la luz, incluso

38 Ver a este respecto el trabajo de la CIDH y su Mecanismo Especial de Seguimiento de Nicaragua (MESENI). <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/meseni/default.asp>

39 Ver a este respecto la creación del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) para Bolivia de la CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/278.asp>

40 Ver Recomendaciones de la visita a Ecuador por la CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>

41 Ver Informe de la Misión a Chile de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf

42 <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>

43 Para mayor información, consultar <https://www.r4v.info/>

con posterioridad al fallecimiento de las víctimas, su valor trasciende con mucho a este caso y a la realidad argentina. El fallo tiene una función múltiple, con diversos destinatarios.

Por otra parte, el uso de los estándares como herramienta argumentativa por parte de defensores y defensoras de derechos humanos tienen la virtud de ser aplicables a las más variadas restricciones a la libertad, cuya motivación se funde en componentes raciales, de género, pobreza, origen nacional o cualquier otro que entre en alguna categoría prohibida. En consecuencia, se trata de un apoyo invaluable para el trabajo de quienes ejercen la defensa de los derechos humanos de las personas, tanto en la esfera penal como en la administrativa y constitucional.

En cuanto al ámbito del sistema de justicia, la Corte IDH entrega parámetros claros a todos los actores del proceso para llevar adelante procedimientos que satisfagan los estándares convencionales. La sentencia provee pautas concretas y efectúa un emplazamiento directo a los órganos vinculados a la administración de justicia de llevar a cabo un control de convencionalidad sobre estas materias⁴⁴. Esto último es especialmente relevante, pues el fallo repite lo que ha venido sosteniendo de manera -casi- uniforme desde el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*⁴⁵, y lo introduce como parte de las medidas de reparación que debe llevar a cabo el Estado, en su dimensión de garantía de no repetición⁴⁶. Se trata, en definitiva, de una obligación directa al Estado argentino, pero que es perfectamente extrapolable a demás hacedores de política pública, jueces, persecutores, policías y, sobre todo, defensores de la región, a objeto de mostrar al tribunal las eventuales inconsistencias que puedan surgir entre la ley, sus prácticas y los estándares convencionales.

Esta obligación de efectuar el control de convencionalidad va en línea con otro tipo de pronunciamiento de órganos de derechos humanos. A este respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. 31, se refirió a la necesidad de que los Estados adopten todas las medidas para prevenir la discriminación racial o étnica contra las personas inculminadas ante la justicia, a objeto de impedir “los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados *de facto* exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”⁴⁷. Se trata de

44 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, *supra*, párr. 100.

45 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26/11/10, párr. 225.

46 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, *supra*, párr.122.

47 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, UN Doc. A/60/18, 2005, obs. 20.

recomendaciones encaminadas a evitar la actuación discriminatoria de la autoridad, con base en criterios prohibidos.

Por último, esta sentencia abre la puerta ante el SIDH para que los intervinientes en esta sede incorporen nuevos elementos en el litigio interamericano. De especial relevancia resultan estos estándares para el trabajo de Defensores Públicos Interamericanos (o DPI), quienes en su labor ante la CIDH y la Corte IDH suelen litigar casos vinculados a la afectación del derecho a la libertad personal y garantías judiciales. Los efectos del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro* para la defensa pública son relevantes para que, desde el litigio en sede interna, se comience a preparar la vía interamericana cuando el Estado no da señales de adecuar su legislación y práctica a los estándares convencionales sobre privación de libertad con base en criterios discriminatorios.

V. Conclusiones

El trabajo da cuenta de una realidad que excede al caso argentino. Mediante la propia jurisprudencia de la Corte IDH, las recomendaciones de los órganos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y un caso local, se analizó un problema endémico para el continente, cruzado por la persistente presión de ampliar el derecho penal y las facultades policiales en nombre de la prevención y control del delito. Esta situación es la que aborda el fallo analizado y sobre lo cual se destacaron tres aspectos centrales del mismo que resultarán muy valiosos para el trabajo de hacedores de política pública e intervinientes del sistema de justicia. En primer lugar, la necesidad de contar con herramientas legales claras y precisas para habilitar la actuación policial en materia de detención, que no den lugar a arbitrariedades y que se construyan sobre la base de elementos que puedan ser probados; en segundo lugar, la ampliación del ámbito de protección en clave de libertad personal y protección de la honra e intimidad; y, en tercer lugar, la imposibilidad de convalidar actuaciones ilegales o arbitrarias por parte de las policías, fundada en consideraciones de eficiencia.

Por último, el trabajo dio cuenta de las bondades que la sentencia trae para el ámbito de la justicia penal y la protección de los derechos de las personas en general. Esto se ve acentuado por el emplazamiento que efectúa la Corte IDH al incluir de manera expresa la necesidad de que todos los órganos públicos lleven adelante un control de convencionalidad sobre la utilización de estos estándares. De ahí se sigue que esta sentencia presente una oportunidad única de incorporar el desarrollo normativo que efectúa la Corte IDH de los artículos 7 y 11, en el marco de las actuaciones cotidianas de agentes policiales en tareas de control del orden público y la prevención del delito. Más aun en un contexto donde tanto lo primero como lo segundo suelen estar influenciados por presiones políticas y ganancias electorales.

En ese sentido, la Corte IDH pone un freno que para en seco este tipo de actuaciones, tan habituales en nuestra región, mandando a los intervinientes y también a quienes litigan en el foro interamericano a aplicarlas y reclamar su observancia.

Clarissa Tatiana de Assunção Borges

Abogada penalista, asesora de advocacy y litigio estratégico del Instituto de Defensa del Derecho de Defensa (IDDD), con licenciatura y maestría en derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais.

Hugo Leonardo

Abogado penalista, presidente de la dirección ejecutiva del IDDD, ex consejero del Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria (CNPCP por su sigla en portugués).

La aplicación de los estándares internacionales en relación a los registros personales en el contexto brasileño: una propuesta de cambio legislativo

I. Las interceptaciones policiales en el contexto brasileño: detenciones ilegales amparadas por racismo institucional

Los cacheos personales poseen dos tipos de cobertura jurídica en el derecho brasileño: uno se refiere al ejercicio administrativo del poder de la policía y otro, como medio de obtención de pruebas, que se ajusta el régimen jurídico de los cacheos personales en el derecho procesal penal. Como están situados en la zona gris entre el subsistema penal de la policía y el derecho procesal penal de garantías, los problemas derivados de esa institución encontraron en la doctrina tradicional poca atención y escrutinio. En palabras de Ferrajoli (2007, 708):

El derecho de policía, como es derecho inferior, o peor, no derecho, representa, tal vez el sector más descuidado de los estudios académicos. Hay, todavía, en esta materia, una especie de esquizofrenia de la ciencia jurídica: tan atenta a los límites entre el derecho penal y administrativo en lo que respecta a las contravenciones y a los otros delitos de bagatela e, incluso, virtuosamente preocupada con las posibles disminuciones de garantías que siguen a la despenalización, mientras descuida o no asume responsabilidad en relación al gran universo de medidas policíacas y administrativas restrictivas de la libertad personal (*la traducción es nuestra*).

Se trata, en el derecho brasileño, de un sistema de dos niveles. Por un lado, las normas procesales penales, de competencia legislativa privativa de la Unión, contenidas en el artículo 22, I de la CRFB (Constitución de la República Federativa de Brasil), que están dirigidas a toda la federación. Por otro, las normas referentes a las fuerzas policiales judiciales y militares. En las primeras están la policía federal, regida por normas federales, y las policías civiles, regidas por cada estado federado. Las policías militares, sometidas al mando de los gobernadores, también son regidas por normas estatales (CRFB, art. 144). En todos los casos, junto a la ley hay diversos reglamentos administrativos en el ámbito de la competencia normativa de la administración pública para cada uno de los 26 estados y del distrito federal, muchas veces sigilosos, que rigen la actuación de cada una de las policías, lo que vuelve cada vez más intrincado y complejo este subsistema jurídico que sigue siendo ignorado y descuidado por el poder judicial tanto de los estados como de la propia Unión, responsables de la aplicación de la ley procesal penal.

Esta problemática es igual de cierta en lo que se refiere a las interceptaciones policiales, donde la búsqueda de la materialización del principio de legalidad contenido en el artículo 5º XXXIX y LIV, en el artículo 37 de la CRFB y en varios tratados internacionales de derechos humanos de los cuales es signatario Brasil encuentra resistencia en el hermetismo de este subsistema jurídico. El Código de Procedimiento Penal rige el instrumento como medio de obtención de pruebas, en el marco del registro personal, *in verbis*:

Art. 244. El registro personal no dependerá de una orden, en los casos de detención o cuando haya *fundada sospecha* de que la persona esté en posesión de arma prohibida o de objetos o papeles que constituyan cuerpo de delito, o cuando la medida es decidida en el transcurso de un registro domiciliario (*el destacado y la traducción son nuestras*).

La fundada sospecha, en sí misma, ofende la taxatividad en el ámbito del principio de legalidad. Como concepto jurídico indeterminado, es interpretado por la doctrina como requisito objetivo de carácter restrictivo para la realización del acto de registro personal, en que debido a su amplitud puede dar “margen a excesos y desvíos autoritarios” (Wanderley 2017, 1125). En el análisis de la práctica forense nos encontramos con una verdadera simplificación, dada por el hecho de que la sospecha surge en los autos procesales como descripción de medidas policiales rutinarias que dieron motivo a detenciones en flagrancia y a las respectivas persecuciones penales. La fundada sospecha se muestra entonces a través de expresiones demasiado vagas: denuncia anónima, nerviosismo del sospechoso, supuesto estado de ansiedad, sorpresa, sospechoso conocido por los policías como supuesto autor de delitos, sospechoso encontrado en un lugar conocido por su práctica criminal, sospechoso que emprende la huida, que deja caer un objeto en el suelo al avistar policías, o con conducta que sugiere una práctica delictiva, etc. Todas estas son expresiones que aparecen en los

juzgados, sin ninguna evaluación de los presupuestos legales para el acto de registro personal. No es exagerado decir que este tipo de circunstancias, a pesar de ser vagas e ilegales, deben de hecho ser bastante comunes en las interceptaciones al considerar que las fuerzas policiales brasileñas poseen un altísimo índice de violencia y letalidad, generando en todos los que las sufren un temor natural (como se verá más adelante)¹.

Así, la ausencia de examen judicial del acto de cacheo personal es uno de los factores que permiten que el número de interceptaciones policiales sea escandaloso. El Estado de São Paulo, con cerca de 45 millones de habitantes, realiza anualmente cerca de 15 millones de interceptaciones. El número anual de detenciones en flagrante delito, por su lado, no llega a un 1% del total².

Pese a ser números absolutos provistos por la Secretaria de Seguridad Pública del Estado de São Paulo, que fracasa en dotar de transparencia a los mecanismos por los cuales son recogidos, se sabe que, en el total de interceptaciones policiales, están incluidas las interceptaciones y registros en vehículos automotores (*blitz*), en vehículos de transporte colectivo y en transeúntes en vía pública. Estos datos son recogidos a partir de una mera declaración de policías en servicio a través del Informe de Servicio Operacional dirigido a sus respectivos superiores y tales informes, también considerados “sigilosos”, determinan únicamente el número total de interceptaciones³.

La falta de transparencia con respecto a los actos de registro personal en Brasil ocurre también en relación a las reglas y protocolos utilizados por las fuerzas policiales en la realización de las interceptaciones, considerados documentos sigilosos por las autoridades. El sigilo impuesto sobre los protocolos de actuación policial en esos casos repercute no solo en el ámbito de los derechos de los ciudadanos, que desconocen las normas que deben dirigir esa acción y por tanto no puede defenderse de

1 Las fuerzas policiales de Brasil son excesivamente violentas. Solo en el primer semestre de 2020, 3.203 personas murieron en el transcurso de intervenciones policiales, lo que corresponde al 13,3% de las muertes violentas intencionadas cometidas en el país, según datos del Foro Brasileño de Seguridad Pública (2020, 12 y 24). Del total de muertes violentas cometidas en el país, el 74,4% de las víctimas eran negras (2020, 12).

2 Secretaría de Estado de Seguridad Pública de São Paulo. Estadísticas trimestrales. Disponible en: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, visitado el 11/03/2020.

3 No se sabe, sin embargo, a cuantas personas objetivo se dirige cada una de las interceptaciones, como tampoco hay ningún dato sobre los locales donde son realizadas, ni el perfil de los sujetos abordados o el objetivo del acto, o cuales de ellas dieron lugar de hecho a detenciones u otras medidas relevantes en materia administrativa o penal. Por eso, los números aquí presentados son una estimación y parten de una conjetura, obtenida mediante la correlación entre el número total de interceptaciones y el número total de detenciones en flagrante informados por el Estado de São Paulo, siendo cierto, por tanto, que el número de flagrantes resultado de interceptaciones puede ser aun menor, ya que hay varias razones por las cuales pueden tener lugar.

ella, sino que también dificulta la actuación de la sociedad civil organizada para la mejora de ese sistema.

Además, la exigua literatura existente sobre el tema normaliza las interceptaciones policiales, revelando una cultura de subordinación en relación a tales prácticas, que admiten inclusive hasta el empleo de armas contra personas. Pinc (2007, 14-15) habla de tres modalidades de interceptaciones policiales y el empleo de armas. En la primera, la interceptación de una persona se realiza bajo la supervisión de la policía, o de un agente de policía, que mantiene el arma en la funda, solicita documentos del ciudadano, informa el motivo de la interceptación y, hecha la inspección, lo dispensa. Sobre la interceptación policial realizada debido a fundada sospecha, la autora, que es 1ª teniente de la Policía Militar del Estado de São Paulo, explicita la violencia del acto:

En la interceptación de la persona en actitud sospechosa, el policía saca su arma y la mantiene en posición sur, apuntando al suelo: determina que la persona se dé la vuelta, entrelace los dedos en la nuca y separe las piernas. Si la interceptación es a una persona, el procedimiento estandariza que esta acción sea puesta en operación por dos policías, o sea, que siempre haya superioridad numérica de policías en relación a los no policías. Tras posicionar a la persona en la forma descrita, uno de los policías coloca de nuevo el arma en la funda, la abotona, y realiza el cacheo personal, mientras el otro permanece con su arma en la posición sur asegurando la protección. En el cacheo, como medida de seguridad, el policía debe posicionarse de forma que mantenga su arma lo más lejos posible del cacheado y fijar una base de apoyo con los pies, en caso de que la persona reaccione. Además debe sujetar con una de sus manos los dedos entrelazados y deslizar la otra sobre el cuerpo de la persona, palpando los bolsillos externamente; todo esto con el objetivo de encontrar algún objeto ilícito en la persona, como armas o droga. Si quedó alguna duda, el policía podrá realizar el registro personal minucioso, que es un requisita más detallada y debe ser hecho, preferentemente, en la presencia de testigos y en un lugar aislado del público, donde el registrado se quita toda la ropa y calzado (*la traducción es nuestra*)⁴.

La situación de los registros personales en el derecho brasileño revela, en su base empírica, una absoluta ausencia de fundamentación objetiva para la práctica de la acción. Aparte de eso, a pesar de la ausencia de datos oficiales que miden el indicador racial en las interceptaciones policiales, una investigación realizada con policías militares actuantes en la Región Metropolitana de Recife, Pernambuco, indicó, en base a respuestas a una situación hipotética, que los policías interceptarían en primer lugar a una persona negra y solo después a una persona blanca – el 51,3% de

4 Por último, en el caso de interceptación a una personas considerada infractora de la ley, el policía debe sacar el arma y mantenerla en posición “tercer ojo”, mirando al infractor, todo según Pinc (2007, 14-15).

los agentes, el 83,1% de los alumnos del Curso de Formación de agentes policiales y el 67,9% de los alumnos del Curso de Formación de Soldados participantes de la investigación respondieron eso (Barros, 2008, 141).

Por su lado, las fuerzas policiales acostumbran a negar la práctica de acciones policiales con sesgo discriminatorio, pese a que la fundada sospecha recaiga, según investigaciones conducidas por Sinhoreto (2014, 133) sobre los signos identificadores de un grupo social específico, caracterizado por el modo de vestir, andar, el rango de edad y la localización periférica, la mayoría de las veces.

Teniendo en cuenta las cifras oficiales de detenciones en flagrancia efectuada en el Estado de São Paulo entre los años de 2008 y 2012, realizadas sin ninguna investigación previa, es posible concluir que gran parte es resultado de interceptaciones policiales. Las cifras indican que el 54,1% de las detenciones en flagrancia fueron personas negras, frente a un 42,9% de personas blancas, revelando una proporción de 35 negros detenidos por cada 100,000 habitantes negros, frente a 14 blancos detenidos por cada 100,000 habitantes blancos. Según Sinhoreto et al (2014,127), “los datos indican una vigilancia mayor sobre la población negra, lo cual se refleja en la concentración del número de detenciones en flagrancia de ese grupo”.

Este panorama demuestra la urgencia en la adopción de *estándares* a fin de eliminar el uso abusivo de los cacheos personales por parte de las fuerzas policiales, su naturaleza discriminatoria y violadora de las libertades individuales, que impulsa al Instituto de Defensa del Derecho de Defensa (IDDD) en su proyecto Prueba bajo Sospecha (Prova sob Suspeita)⁵. Se trata de un proyecto multidisciplinario que, utilizando herramientas de investigación, litigio estratégico y *advocacy*, busca la mejora del sistema de justicia penal a partir de la impugnación de la utilización indiscriminada de pruebas recogidas sin respetar las normas constitucionales y legales, e incluso epistemológicas, y que, usualmente, se convierten en el principal o incluso único fundamento de condenas penales, con marcado sesgo racial. Gran cantidad de las resoluciones condenatorias tienen origen en el registro personal y detención en flagrancia. Como prueba, se toma el descubrimiento del ilícito por medio de esos cacheos-principalmente ligado a la ley de drogas y a crímenes patrimoniales- y al testimonio de los agentes policiales que han llevado a cabo tales medidas, lo que corrobora y agrava el problema de la encarcelación masiva y coloca a Brasil, en términos absolutos, como la tercera población carcelaria más grande del mundo⁶.

5 Cf. Proyecto Prueba bajo Sospecha: <<http://www.provasobsuspeita.org.br/>>, visitado el 26/05/2020.

6 Cf. Silva, Camila R. et al. “Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo”. Disponible en <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos>>

II. La adopción de un estándar internacional común en el *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina*

Fue el reconocimiento de la existencia de un contexto común entre Brasil y Argentina, tanto histórico como normativo, lo que motivó la habilitación del IDDD como *amicus curiae* en el caso 12.315 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

Como en Brasil, la legislación argentina apela a la “sospecha” como fundamento para la realización de cacheos sin orden judicial y sin que la autoridad policial que realiza la acción tenga el deber de justificarla, dando margen a una amplia discrecionalidad y auténtica arbitrariedad y abuso de poder por parte del Estado en su faceta policial. Ambos países han vivido, en su reciente historia, periodos de excepción y enfrentaron resistencias de las fuerzas policiales en el proceso institucional de redemocratización.

Entre las expresiones normativas de “actitud sospechosa” y “fundada sospecha” se encuentra el direccionamiento del poder de castigar a la parte más vulnerable y marginada de la población, corroborando que las prácticas policiales, en sí mismas, entrañan discriminación y ofensa al principio de igualdad.

Como herramienta procesal de carácter probatorio, el enfoque del caso en los cacheos personales hace que no solo abarque la violación de derechos fundamentales por la actuación policial arbitraria, como también los efectos jurídico-penales de ese abuso, pues en última instancia, las pruebas obtenidas mediante la violación de derechos humanos deben de ser consideradas ilícitas por el poder brasileño, como regula el artículo 5º, LVI de la CRFB, lo que hace destacar el carácter estratégico del litigio internacional.

Es cierto que la eficacia de las sentencias de la Corte IDH se limita a los Estados miembros demandados. Sin embargo, aunque la Convención Americana de Derechos Humanos establezca la obligación para los Estados Partes de realizar el control de convencionalidad, su jurisprudencia se expande a todos ellos en la medida en que define los criterios de interpretación y aplicación de la Convención⁸.

países-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>, visitado el 26/05/2020.

7 Cf. Amicus presentado por el IDDD al caso en <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/amicus-caso-alberto-fernandez1.pdf>>, visitado el 26/05/2020.

8 Destaca la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte IDH, establecida en una serie de juzgados que determinan la eficacia de sus sentencias en todos los Estados miembro de la CADH. Al respecto, cf.: “7. Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana – ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron – confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del corpus juris de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales. 8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de

El artículo 5º, § 2º de la CRFB, por su parte, es explícito en conceder eficacia constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales Brasil forme parte. En la jurisprudencia constitucional interna, destaca el reconocimiento por parte del Tribunal Federal Supremo, en los juicios de HC 90172 y de RE 466.343, de que la Convención Americana de Derechos Humanos es portadora de fuerza normativa infraconstitucional, aunque supra legal, para determinar que todo el ordenamiento jurídico tenga que adecuarse a sus disposiciones.

Es de la naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos, por su parte, la imposición de fuerza vinculante a los Estados partes de los tratados. En el caso específico del sistema interamericano de los derechos humanos, el control de convencionalidad debe ser realizado por todos los jueces nacionales, en base a las decisiones proferidas por la Corte Interamericana. En palabras de Piovesan (2020, 130-131):

Las cláusulas de apertura constitucional y el principio pro ser humano inspirador de los tratados de derechos humanos componen los dos vértices – nacional e internacional – fomentando el diálogo en materia de derechos humanos. En el sistema interamericano este diálogo está caracterizado por el fenómeno del “control de convencionalidad”, en su forma difusa y concentrada. Como enfatiza la Corte Interamericana: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Almonacid Arellano y otros c. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 septiembre de 2006, Serie C No. 154.). [...] La Corte Interamericana ejerce el control de la

casos sobre un solo tema convencional – lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos –, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida – insisto – merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.” (Corte IDH. Sentencia del Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, de 24/11/2006. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Último acceso: 26/05/2021).

convencionalidad en la modalidad concentrada, teniendo la última palabra sobre la interpretación de la Convención Americana (*traducción nuestra*).

Así, pese a que el caso se refería a violaciones de derechos humanos ocurridas en Argentina, el precedente se revela como una importante herramienta catalizadora de la interpretación de la CADH sobre el problema que nos ocupa, tanto en la medida en que establece criterios para la interpretación jurídica de lo que es la fundada sospecha, como al instituir señales seguras para que el Estado brasileño pueda modificar su legislación y volverla compatible con la Convención Americana.

La sentencia proferida por la Corte Interamericana constituye, así, un importante instrumento de *advocacy* para cambios normativos y en las prácticas policiales de los Estados Partes de la Convención Americana. Al reconocer la responsabilidad internacional del Estado de Argentina por la violación, contra las víctimas, de los derechos a la libertad personal; a la igualdad frente a la ley y a la prohibición de discriminación; a la vida privada y a las garantías de protección judicial, en los términos de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH; a proporcionar reparación civil y garantías de no repetición, la Corte IDH definió *estándares* para que los registros personales puedan ser realizados en conformidad con la Convención. Esto, a partir de adaptaciones normativas que deben, necesariamente, satisfacer los requerimientos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, contemplando criterios objetivos que superen el mero discernimiento policial en la práctica del acto.

La disciplina provista por la Corte IDH al caso define los *estándares* que deben ser obedecidos por los Estados Partes de la Convención Americana en materia de registros personales:

Por lo que en aquellas disposiciones en que exista una condición habilitante que permita una detención sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención. Esto significa que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades **ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional**. Este tipo de regulaciones deben, además, ser acorde al principio de igualdad y no discriminación, de forma tal que evite la hostilidad en contra de grupos sociales en virtud de categorías prohibidas por la propia Convención Americana (*el destacado es nuestro*)⁹.

9 Corte IDH. Sentencia del Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. 1/9/2020

III. Una propuesta de modificación normativa para la compatibilización del registro personal con los estándares de la Corte Interamericana

Los estándares definidos por la Corte Interamericana motivaron al IDDD, junto con las organizaciones colaboradoras¹⁰, a ofrecer al Congreso Nacional la propuesta de alteración de la legislación procesal penal a fin de permitir la creación de criterios de examen, por parte del Poder Judicial, de legalidad del acto de registro personal a partir de una fundada sospecha, en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Tal propuesta, encaminada a la Comisión Especial que discute, en la Cámara de Diputados, un proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal, tiene como orientación la necesidad de objetivar la sospecha y eliminar la práctica discriminatoria por parte de los policías responsables de la acción, por medio de la imposición del deber de justificación y resumen en acta de la acción de registro personal con la entrega de una copia a la persona abordada.

La propuesta fue realizada tomando como base la minuta del Dictamen del Ponente General en relación al Proyecto de Ley 8045/2010, y puesta a disposición del público el 26 de abril de 2021¹¹:

Dictamen de 26/04/2021	Propuestas de las organizaciones
Art. 264. El registro personal será establecido cuando hayan indicios suficientes de que alguien oculta objetos que puedan servir de prueba de infracción penal.	Mantenida la redacción.
Art. 265. El registro personal no dependerá de una orden, en los casos de detención o cuando haya fundada sospecha de que la persona esté en	Mantenida la redacción.

10 Junto al IDDD, participaron en la elaboración de la propuesta las organizaciones Instituto Sou da Paz, Conectas Derechos Humanos, Instituto Igarapé y el Foro Brasileño de Seguridad Pública, y las investigadoras Jacqueline Sinhoretto (socióloga, profesora de la UFSCar), Nathalie Fragozo Ferro (abogada penalista e investigadora doctora), Poliana da Silva Ferreira (doctoranda en Derecho en la FGV DERECHO SP, becaria de la FAPESP y abogada) y Yasmin Rodrigues (investigadora del Núcleo de Justicia Racial de la FGV/SP).

11 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node017h3rutb3wsph1qvrmlmdfhguy136383.node0?codteor=1998270&filename=PR-L+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010, visitado el 26/05/2021.

Dictamen de 26/04/2021	Propuestas de las organizaciones
<p>posesión de arma prohibida o de objetos o papeles que constituyan cuerpo de delito, o cuando la medida es decidida en el transcurso de un registro domiciliario El registro personal no dependerá de</p>	
	<p>§ 1º Se considera fundada sospecha la motivada por hechos o acciones objetivamente verificables, anteriores a la realización del registro, que permitan inferir con seguridad las circunstancias descritas en el <i>caput</i>.</p>
	<p>§2º En ninguna hipótesis, será considerada fundada la sospecha motivada por características personales, físicas, de pertenencia social o étnico racial, género, vestimenta, localización o supuesto estado de ánimo de la persona.</p>
	<p>§ 3º El registro personal, con independencia de encontrar una prueba o descubrir algo ilícito, será resumido en acta por el ejecutor de la medida, que en ella obligatoriamente hará constar:</p> <p>I – identificación de la persona que está siendo sometida a registro, su edad y auto declaración de raza o etnia e identidad de género, si gestante, aparte de la nacionalidad, en el caso de ser extranjero;</p> <p>II – identificación de los ejecutores de la medida por nombre, género y número de registro;</p> <p>III – local donde es realizado el registro personal;</p>

Dictamen de 26/04/2021	Propuestas de las organizaciones
	<p>IV – motivación detallada de la fundada sospecha;</p> <p>V – descripción detallada del acto de registro personal.</p>
<p>Párrafo único. En la hipótesis prevista en el caput de este artículo, el ejecutor informará los motivos y los fines de la diligencia a la persona cacheada, debiendo registrarlos en libro de actas, donde constarán también los datos del documento de identidad otro que permita identificar a la persona sometida al cacheo.</p>	<p>§ 4º El ejecutor del registro personal se identificará y, previamente al inicio de la medida, informará los motivos y los fines de la diligencia a la persona sometida al registro.</p>
	<p>§ 5º Resumiendo en acta la acción del cacheo personal y entregando una copia a la persona sometida al cacheo, mediante recibo.</p>
	<p>Art. 266. Los órganos de seguridad pública mantendrán el registro y sistematización de las informaciones referentes a los cacheos personales, obtenidas mediante análisis de las actas de cacheos personales, que deberán ser publicados de forma conjunta en estadísticas mensuales, preservado la identidad de los titulares de los datos.</p>
	<p>§ 1º Las estadísticas determinarán, entre otras informaciones, la localización de las acciones de cacheo personal, el perfil de edad, racial y de género de las personas que sufrieron los cacheos personales, el número total de cacheos</p>

Dictamen de 26/04/2021	Propuestas de las organizaciones
	realizados, y el número total referente al descubrimiento del ilícito, resultando o no en detención en flagrante.
	§ 2º Los órganos de seguridad pública deberán adoptar medidas de seguridad, técnicas y administrativas para proteger los datos personales de accesos no autorizados y de situaciones accidentales o ilícitas de destrucción, pérdida, alteración, comunicación o cualquier forma de trato inadecuado o ilícito.
	§ 3º El titular de los datos personales tiene derecho a obtener acceso a los respectivos datos, mediante solicitud.
Art. 266. El cacheo personal será llevado a cabo con respeto a la dignidad de la persona registrada y será llevado a cabo, preferencialmente, por una persona del mismo sexo, siempre que no provoque retraso o perjuicio de la diligencia	Mantenida la redacción.
	Parágrafo único. Párrafo único. Si realizado por persona de sexo distinto, la medida deberá ser descrita y justificada en el acta de cacheo personal.

Así, la propuesta legislativa define la fundada sospecha como la motivada por hechos o acciones objetivamente verificables, anteriores a la realización del cacheo, que permiten inferir con seguridad que la persona sometida al cacheo está en posesión de arma sin autorización legal o reglamentaria o de objetos que constituyen cuerpo de delito. Esta previsión busca satisfacer la necesidad de criterios objetivos para la práctica de la acción, como también cohibir el sesgo discriminatorio, en la medida en que prohíbe que el cacheo personal sea practicado en base a caracterís-

ticas personales, físicas, de pertenencia social o étnico-racial, género, vestimenta, localización o supuesto estado de ánimo de la persona.

La imposición de la obligación a resumir la acción del cacheo en un acta tiene el objetivo de permitir la producción de datos acerca de los cacheos personales por los órganos de seguridad pública, que deberán, en caso de que sea acatada la propuesta, ponerlos a disposición del público de manera conjunta para satisfacer el principio de publicidad y de transparencia. La entrega de una copia a la persona sometida al cacheo debe ofrecer a la persona formas legales de control e impugnación de la acción.

No se avanzó en la adopción de protocolos para la realización de la acción por las fuerzas policiales debido a los límites legislativos de la materia ya expuestos, que exigen intervención en cada uno de los Estados federados.

IV. A modo de conclusión

La tarea de densificación de los *estándares* establecidos por la Corte IDH en el Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* en el derecho brasileño se encuentra con obstáculos en los niveles legislativos federal y estatal. Este sistema, aunque conecte normas procesales penales con normas sobre el poder de la policía, es complejo y exige una actuación sistematizada y coordinada entre los poderes legislativo y judicial en ambas esferas.

La consolidación de los *estándares* establecidos por la Corte IDH en una propuesta legislativa dirigida al Congreso Nacional, para modificar el Código de Proceso Penal, no prescinde de la conjugación de esfuerzos de litigio estratégico a fin de permitir desde ahora mismo la aplicabilidad inmediata de lo decidido por la Corte IDH en el ámbito de la extensión del concepto de sospecha. El control de la convencionalidad debe ser realizado por todos los jueces, desde ahora mismo, dentro del examen de legalidad de las pruebas obtenidas mediante el cacheo personal.

V. Bibliografía

Barros, Geová da Silva. 2008. "Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito". Revista Brasileira de Segurança Pública. Año 2, ed. 3.

Corte IDH. Sentencia del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* 1/9/20.

Corte IDH. Sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. 24/11/06. Disponible en: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Visitado el 26/5/21.

Ferrajoli, Luigi. 2006. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. y ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Foro Brasileño de Seguridad Pública. *Anuario Brasileño de Seguridad Pública – 2020*. Dispo-

nible en <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>>, visitado el 26/5/21.

Instituto de Defensa del Derecho de Defensa. *Proyecto Prueba bajo Sospecha*. Disponible en <<http://www.provasobsuspeita.org.br/>>, visitado el 26/5/21.

Pinc, Tania. 2007. “Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público”. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Año 1, ed. 2.

Piovesan, Flávia. 2020. “A convenção americana de direitos humanos e o impacto transformador do sistema interamericano”. De Noronha, João O.; de Albuquerque, Paulo P. (Orgs.). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch..

São Paulo, Secretária de Estado de Seguridad Pública. Estadísticas Trimestrales. Disponible en <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, visitado el 26/05/2021.

Silva, Camila R. et al. “Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo”. Disponible en <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>, visitado el 26/5/21.

Sinhoreto, Jacqueline et al. 2014. “A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais”. Figueiredo, Isabel Seixas de. *Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais*. Brasília: Ministerio de Justicia, Secretaría Nacional de Seguridad Pública.

Wanderley, Gisela Aguiar. 2017. “A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 1117-1154.

Jeffrey G. Gonzaga Flory

Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Cursó la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Se ha desempeñado como Fiscal de la Unidad Anticorrupción del Ministerio Público y actualmente, se desempeña como letrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ambas de Costa Rica.

Requisa, registro de vehículos y detención: los motivos suficientes y el indicio comprobado en el ordenamiento jurídico costarricense, desde una perspectiva convencional

1. Los efectos vinculantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cada Estado de Derecho, en su libre autodeterminación, establece a nivel constitucional, una serie de derechos que ha considerado fundamentales y para posibilitar su cumplimiento, dispone de garantías, entendidas estas como: “técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli 2010, 25). Desde esta perspectiva, resulta común el reconocimiento de la libertad de tránsito y la intimidad como derechos fundamentales, estableciendo a su vez, una reserva de ley si se pretende afectarlos.

Sin embargo, la lógica de la jerarquía normativa en la que todas las normas *infra* constitucionales deben resultar acordes con lo dispuesto por la Carta Magna, se ve alterada con la suscripción de los instrumentos internacionales, cuando estos reconocen mayores derechos a los previstos en la Constitución Política.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (en adelante Sala Constitucional), en el voto 2313-1995, de las 16:18 horas, del 9 de mayo de 1995, reconoce de forma expresa la inversión de esta lógica

jerárquica, disponiendo: “[...] los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.

Entre los instrumentos de derechos humanos a los que se hace referencia *supra*, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conocida como Pacto de San José, aprobada en Costa Rica mediante Ley N° 4534, del 23 de febrero de 1970.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que los Estados parte se encuentran en el deber aplicar no sólo el citado instrumento, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), lo que fue referido de forma expresa por dicho órgano jurisdiccional en el caso *Almonacid Arellano y Otros vs Chile*, del 26 de setiembre de 2006, donde se indicó:

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹.

En concordancia con lo anterior, la Sala Constitucional, en el voto 2000-009685 de las 14:56 horas, del 1 del noviembre del 2000, reconoció la validez de la jurisprudencia de la Corte IDH, disponiendo que: “Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor”; mientras que en el voto 2013-04491 de

1 Este criterio fue reiterado por Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs Perú*, del 24 de noviembre de 2006, donde expuso: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”. Asimismo, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México* del 26 de noviembre de 2010, se precisó que los jueces, dentro de sus competencias, deben aplicar el control de convencionalidad, lo que incluye aplicar la jurisprudencia del Corte IDH, señalando: “En esta tarea, los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, criterio que fue reiterado en el considerando 193 de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs Uruguay*, del 24 de febrero de 2011.

las 16:00 horas, del 3 de abril de 2013, reiteró la obligación de realizar el control de convencionalidad, señalando: “El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido”². Desde esta óptica, se puede concluir con meridana claridad que en Costa Rica, resulta aplicable el bloque de convencionalidad, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, aún en los casos donde el Estado no haya formado parte y este deber, resulta atinente a todos los jueces dentro del ámbito de sus competencias. Así, aún cuando en Costa Rica existe un control concentrado de constitucionalidad, debe compartirse el criterio expuesto por Mora Sánchez al resultar concordante con la jurisprudencia convencional, quien con claridad reconoce la obligación del juez ordinario de aplicar *inter parte*, el bloque de convencionalidad:

[...]la ejecución del control difuso de convencionalidad dentro de las competencias y regulaciones procesales de cada órgano implica, en el caso que nos ocupa, que los jueces ordinarios no podrán desaplicar de manera general las disposiciones legales que infrinjan los parámetros del bloque de convencionalidad -competencia atribuida exclusivamente a la Sala Constitucional- pero abre la posibilidad para que se ejerza dicho control con un efecto limitado, *inter parte*, con respecto a un caso específico sometido a su conocimiento, sin que se preciso utilizar el mecanismo de consulta judicial de constitucionalidad” (Mora Sánchez 2015, 118).

2. El caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina de la Corte IDH

El hilo conductor de este contexto, es la sentencia de la Corte IDH del 1 de septiembre del 2020, donde se condenó al Estado de Argentina por las detenciones ilegales y arbitrarias de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, llevadas a cabo en mayo de 1992 y enero de 1998 respectivamente.

Con el fin de analizar la posibilidad de extrapolar los razonamientos allí vertidos, resulta necesario hacer un breve recuento del supuesto fáctico de ambos, así como de la legislación argentina al analizada en el fallo.

Para ello, conviene poner en contexto histórico -como lo hace la propia sentencia

² Dicho criterio fue reiterado por la Sala Constitucional en el voto 2015-015737 de las 10:20 horas, del 9 de octubre del 2015. En idéntico sentido se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (en adelante Sala Tercera), órgano de última instancia en el proceso penal, disponiendo en el voto 2013-01082, de las 8:58 horas, del 23 de agosto de 2013 que: “Así, dado que Costa Rica ha ratificado la CADH y ha reconocido la competencia de la Corte IDH, en el caso del Poder Judicial los Tribunales de Justicia están llamados no solo a aplicar la normativa interna, sino también a ejercer ese control de convencionalidad garantizando que en sus disposiciones se respeten las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado”.

convencional-, que el caso reproduce lo que en la década de los 90, se conoció como olfato policial -lo que en Costa Rica se conoce con el mismo nombre o bien, como malicia policial-, es decir, políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación o inteligencia previa, promovidas por una *guerra contra la drogas*³.

2.1. Caso de Carlos Alberto Fernández Prieto

Según se dispone en la sentencia en comentario, en relación con Fernández Prieto, en el acta de detención policial se consignó que el 26 de mayo de 1992, un inspector y dos sargentos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires estaban recorriendo su jurisdicción cuando cerca de las 7:00 pm, en una zona casi despoblada de la ciudad de Mar de Plata, avistaron un vehículo verde con tres sujetos en su interior en actitud sospechosa, entre los cuales se encontraba el señor Fernández Prieto, comerciante de 45 años. Los agentes policiales interceptaron el vehículo, hicieron descender a los pasajeros y en presencia de dos testigos llamados al efecto, procedieron a realizar una requisa⁴, encontrando en lo que interesa, un ladrillo con marihuana en el baúl del vehículo y otros cinco ladrillos con marihuana en el asiento que ocupaba el señor Fernández Prieto.

Fernández Prieto fue acusado por el delito de transporte de 2.370 gramos de picadura de marihuana distribuidos en seis ladrillos y aunque la defensa solicitó la absolutoria, en atención a la ausencia de indicios que justificaran la interceptación, aprehensión y requisa, el 19 de julio de 1996, fue condenado a cinco años de prisión y multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes.

Resulta de interés que en este caso, se indicó sobre la detención que los agentes policiales actuaron conforme a derecho, porque el vehículo se conducía en *actitud sospechosa* y el elemento subjetivo del tipo penal – en este caso el dolo-, fue confirmado en atención a la cantidad de droga incautada a partir de la cual infirió, que la droga excedía la mera tenencia, lo que a su vez, encontró respaldo en la confesión de Fernández Prieto.

Estas conclusiones del *a quo* fueron apeladas, sin embargo, el reclamo fue desestimado considerando que la requisa, tuvo como antecedente un estado de sospecha que por las circunstancias, resultaba imposible requerir una orden judicial previa y concluir lo contrario, hubiese implicado un impedimento de la labor de prevención

3 Dicha situación, ya había sido advertida por la Corte IDH en el caso *Bulacio vs Argentina* del 18 de septiembre del 2003, donde se reconoció que en Argentina, se llevaban a cabo prácticas policiales de detención indiscriminada

4 Tal y como se verá posteriormente, en Costa Rica la requisa es la ejecutada sobre las personas, mientras que la revisión del vehículo, es denominada “registro de vehículo”.

de la autoridad policial.

Posteriormente, se presentó un recurso extraordinario federal y un recurso de queja, pero ambos fueron rechazados. Como parte del fundamento para denegar las gestiones, se indicó que los oficiales de policía tenían causa probable para sospechar que había contrabando o evidencia de una actividad ilícita, disponiendo en la sentencia que los oficiales de policía se encontraban en su jurisdicción realizando funciones de prevención del delito y en dichas circunstancias: “[...] interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en ‘actitud sospechosa’ de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes”⁵.

2.2. Caso de Carlos Alejandro Tumbeiro

Según consta la sentencia de marras, el 15 de enero de 1998, alrededor del mediodía, el señor Tumbeiro, electricista de 44 años, fue interceptado por agentes de la Policía Federal Argentina con fines de identificación, mientras transitaba por una calle de la Ciudad de Buenos Aires.

En dicha ocasión, los agentes policiales le consultaron las razones por las que se encontraba en la zona y éste, informó que buscaba equipo electrónico de repuesto entregando su documento de identidad. Sin embargo, al notar lo sumamente nervioso, previo palpado de sus prendas en la vía pública, uno de los agentes lo invitó a subir a la patrulla hasta tanto comprobar su identidad, tiempo durante el cual los agentes policiales se percataron que en medio de un diario, Tumbeiro portaba clorhidrato de cocaína.

De conformidad con la versión policial, la actitud de Tumbeiro resultaba sospechosa porque su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero. En lo que interesa, Tumbeiro declaró que ese día iba vestido con pantalones jean y camisa. Además, narró que fue obligado a bajarse los pantalones y la ropa interior en el interior de la patrulla.

Posteriormente, concretamente el 26 de agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal condenó al señor Tumbeiro a un año y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso y multa de ciento cincuenta pesos por el delito de tenencia de estupefacientes.

Dicha resolución, fue impugnada en casación debido a la ausencia de grado de sospecha suficiente para proceder a la requisa, recurso que fue declarado con lugar por la Sala I de la Cámara de Nacional de Casación Penal, mediante sentencia del 15 de marzo de 1999. Sin embargo, la decisión fue recurrida por el Fiscal General y la impugnación fue acogida por el Corte Suprema el 3 de octubre de 2002, conside-

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fernández Prieto”. Causa n° 10.099. 12/11/1998.

rando la actitud sospechosa de Tumbeiro que posteriormente fue corroborada con el hallazgo de estupefacientes y además, que se había ignorado la legitimidad de lo actuado en prevención del delito, la actitud nerviosa Tumbeiro y las demás circunstancias que justificaron su identificación.

2.3. Marco legal de Argentina

En la Carta Magna Argentina, concretamente en el numeral 18, se establecen las garantías del debido proceso y la libertad personal, disponiendo en lo que interesa: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

Por otra parte, para el momento de la detención del señor Tumbeiro, el Código de Procedimientos en lo criminal establecía en su artículo 4 lo que interesa: *“El Jefe de Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan en infraganti delito, y aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del Juez competente”*; mientras que la Ley Orgánica de la Policía Federal disponía que no era posible detener a una persona sin orden del juez, salvo:

“si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial [...] demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas”.

Por otra parte, a partir de septiembre de 1992, mediante Ley 23.984 entró en vigencia el Código Procesal Penal que regulaba en su artículo 284, el deber de la policía de detener a una persona aún sin orden judicial, señalando:

[...] 1) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. [...] 3) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

Asimismo, en el ordinal 230 de dicho cuerpo normativo, dispone que el juez debe ordenar la requisa, señalando que “[...] siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate”. A pesar de lo

anterior, el ordinal 184 del mismo cuerpo normativo, también le otorga dicha facultad a los órganos de policía en casos urgentes, señalando que: “Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: [...] 5°) Disponer los allanamientos del artículo 227 y las requisas urgentes con arreglo al artículo 230, dando inmediato aviso al órgano judicial competente”.

2.4. Conclusiones de la Corte IDH

En la sentencia en comentario⁶, la Corte IDH concluyó que las actuaciones policiales incumplieron el estándar de legalidad, fueron arbitrarias y constituyeron una injerencia en la vida privada de ambos sujetos, lo que violentó los ordinales 7.1, 7.2, 7.3 y 11, en correlación con los numerales 1.1 y 2, todos de la CADH.

Como punto de partida, la Corte IDH resaltó que según el articulado de la normativa convencional en comentario, existe una protección a la libertad del individuo frente cualquier interferencia arbitraria o ilegal del Estado.

En este sentido, es posible notar que la Corte IDH realiza un análisis en dos niveles: el primero, con base en el derecho interno de cada Estado y sus actuaciones conforme al principio de legalidad; el segundo, desde una perspectiva estrictamente convencional.

En este primer nivel, dispuso que las restricciones a la libertad personal resultan procedentes por las causas y en las condiciones fijadas previamente por la Constitución y las leyes (aspecto material), en estricto apego a los procedimientos objetivos definidos en ellas (aspecto formal), lo que implica un reconocimiento expreso de principio de legalidad y reserva de ley.

Desde esta perspectiva y conforme al principio de legalidad, concluyó que los agentes de policía se limitaron a señalar que los sujetos dentro del vehículo se encontraban en actitud sospechosa -Fernández Prieto- y ello, no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien, un indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad, supuestos que sí se encontraban autorizados por legislación vigente al momento para realizar la detención.

Conviene resaltar que en el caso de Fernández Prieto, se indica de forma expresa que el éxito de las diligencias policiales, resulta insuficiente para fundamentar la injerencia en la vida privada, descartando de este modo un fundamento consecuencialista y a *posteriori*.

Adicionalmente, a partir del análisis del caso de Alejandro Tumbeiro, la Corte IDH determinó que este fue detenido con fines de identificación con base en tres circunstancias: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo percibido por los agentes como propio de la zona por la

6 Es necesario precisar que el Estado de Argentina reconoció su responsabilidad sobre los hechos, sin embargo, la Corte IDH evacuó la respectiva prueba y emitió el criterio al respecto.

que transitaba; y c) contestó que se encontraba buscando un material extraño al que podría ubicar en esa zona.

De lo anterior, conviene resaltar que en criterio de la Corte IDH, la detención de un sujeto con base en una reacción o expresión corporal nerviosa, resulta arbitraria y violatoria del ordinal 7.3 de la CADH.

Asimismo, la Corte IDH concluyó que la actuación policial se encontraba basada en estereotipos acerca de la forma en que debe vestirse una persona cuando transita por un lugar determinado y el tipo de actividades que debe realizar en dicho lugar, descartando la existencia de elementos objetivos para la detención de Alejandro Tumbeiro y que las actuaciones del cuerpo policial, no tuvieron más fundamento que sus convicciones personales⁷.

De este modo, descartó que la presunta actitud sospechosa y el nerviosismo de Tumbeiro, resultarían razones suficientes para presumir -conforme lo requería la legislación argentina- que ocultaba objetos relacionados con el delito capaces de legitimar la requisa.

Conviene destacar entonces, como en criterio de la Corte IDH, aún cuando las actuaciones pueden estar amparadas en una norma habilitante en el ordenamiento jurídico interno, ello resulta insuficiente para justificar la injerencia en la vida privada y por el contrario, resulta necesaria la existencia de elementos objetivos que impidan la detención con base en una mera intuición policiaca – olfato policial o *malicia* - o criterios meramente subjetivos, es decir:

[...] que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan

7 En este punto, el Tribunal resaltó el criterio expuesto por la perita Sofía Tiscornia quien afirmó: “[] los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear por las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma presurosa’ o ‘quedarse parado en una esquina’, sólo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas”. En contra de dicho criterio, en el voto 2014-01602 de las 11:43 horas, del 8 de octubre de 2014, la Sala Tercera legitimó la detención de un sujeto que se alejó del sitio ante la presencia policial, indicando: “se desprende que si bien los oficiales de la policía administrativa tienen “sospechas” del imputado y por ende se le acercan, es lo cierto que la detención -entendida ésta como privación de la libertad de movimiento- se produce hasta el momento en que el endilgado huye a toda velocidad y trata de esconderse en una pulpería cercana ante la presencia policial. Por otra parte, la razón que motiva la persecución policial, ya no son las simples “sospechas”, sino el hecho de que al acercarse los oficiales de policía, el imputado huye, lo cual a juicio de esta Sala sí constituía un indicio suficiente de que podría estar cometiendo un delito, y por ende podía legítimamente la policía perseguirlo y detenerlo como al final lo hizo”.

inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional.

Asimismo, la Corte IDH destacó que la sospecha basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción o forma de vestir, constituye una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demuestra la necesidad de la detención.

3. El ordenamiento jurídico costarricense

3.1. El principio de legalidad

Como punto de partida, es necesario observar que el principio de legalidad en sentido amplio, se encuentra previsto en el ordinal 11 de la Constitución Política, donde se dispone en lo que interesa:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes⁸.

En este orden de ideas, comentado los alcances del principio de legalidad, la Sala Constitucional en el voto 2011-006350, de las 14:34 horas, del 18 de mayo de 2011, advirtió que este resultaba aplicable al proceso penal, indicando:

“El Estado debe actuar con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, y por otra parte, en virtud de los principios de seguridad jurídica y defensa, se debe garantizar a los ciudadanos o destinatarios de las normas, el acceso a conocer cuáles son las conductas prohibidas y sus consecuencias, así como el procedimiento que se aplicará en caso de ser juzgado por la comisión de un delito”.

Por su parte, el ordinal 1 del Código Procesal Penal prevé de forma expresa el principio de legalidad señalando en lo que interesa:

“Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, **sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas.**” (el subrayado es del autor).

Como corolario de lo anterior, se desprende con claridad que el principio de legalidad

8 El principio de legalidad en sentido estricto, también identificado como principio de legalidad criminal, se encuentra en el ordinal 39 de la Carta Magna donde se dispone en lo que interesa: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

dad, por un lado, funge como una garantía del debido proceso y la seguridad jurídica, al requerir que se establezca un proceso previo para el juzgamiento, incluido para dichos efectos los mecanismos para la obtención de la prueba y por otra parte, en relación con los funcionarios públicos, tiene una naturaleza bifronte, asumiendo la forma de una regla de clausura de naturaleza facultativa-prohibitiva: establece la posibilidad de realizar aquellos actos expresamente permitidos y a su vez, prohíbe realizar aquellos que no se encuentran expresamente permitidos.

Finalmente, es necesario resaltar que en materia de derechos fundamentales, existen una reserva de conformidad con la cual, la afectación de los primeros, sólo puede verse restringida mediante una disposición de rango legal, lo que ha sido desarrollado por la Sala Constitucional en el voto 3550-92, de las 16:00 horas, del 24 de noviembre de 1992, donde se indicó:

[...]el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables.

3.2. El registro de vehículos, la requisita y las detenciones en el ordenamiento jurídico costarricense

Como punto de partida, debe considerarse que el principio de legalidad procesal, se encuentra previsto en el artículo 1 del Código Procesal Penal donde se establece:

Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Por otra parte, en el ordinal 189 de la normativa de marras se regulan los supuestos en los que procede la requisita, entre los que destaca, la existencia de motivos suficientes para presumir que se oculta o se llevan adheridos objetos relacionados con un delito, señalando en lo que interesa: “El juez, el fiscal o la policía podrán realizar la requisita personal, siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta pertenencias entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito”.

Estrictamente relacionado con lo anterior, el artículo 190 del mismo cuerpo normativa, utiliza una fórmula casi idéntica para definir los supuestos en los que procede el registro de vehículos, exigiendo también la existencia de motivos suficien-

tes, así como la presunción de ocultamiento de objetos relacionados con un delito, disponiendo en lo que resulta relevante: “El juez, el fiscal o la policía podrán registrar un vehículo, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito.”.

En relación con la existencia de motivos suficientes, la dogmática costarricense ha descartado que la exigencia resulte verificada ante una mera sospecha carente de elementos objetivos que justifiquen la diligencia, lo que resulta acorde con la jurisprudencia convencional expuesta *supra*. En este sentido, se ha indicado:

Si se ordenare sin la existencia de motivos suficientes, se estaría ante una actividad procesal defectuosa, que debería llevar a la ineficacia del acto, lo mismo que del secuestro de objetos que se hubiera dispuesto como consecuencia de la requisita. Debe tenerse en cuenta que una requisita ilegal no queda validada por lo que resulte de ella (Así: Jauchen. Tratado..., p. 117). No podría disponerse la requisita con la simple existencia de “sospechas”, si las mismas no están sustentadas objetivamente» (Llobet Rodríguez, 2012, 344-345).

Finalmente, en relación con la detención de personas, el artículo 235 del Código Procesal Penal establece tres supuestos para su procedencia, aún sin orden judicial, concretamente cuando:

a) Haya sido sorprendida en flagrante delito o contravención o sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o cometerlo. b) Se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención. c) Existan **indicios comprobados** de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en que procede la prisión preventiva. Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana (subrayado es del autor).

En relación con la jurisprudencia constitucional costarricense, es oportuno tomar como punto de inicio el voto 14821-2010, del 3 de septiembre de 2010, toda vez que dicho precedente fue utilizado por la Corte IDH en la fundamentación del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina*.

En dicho precedente, se tuvo como plataforma fáctica que un sujeto fue interceptado en un operativo policial de rutina ejecutado en la localidad de San Antonio de Escazú, lugar donde fue sometido al registro de su vehículo sin que mediare justificación, *notitia criminis* o indicio comprado de la comisión de un delito.

La Sala Constitucional, concluyó que la diligencia policial violentó los derechos fundamentales del gestionante, lo que amparó en la sentencia de la Corte IDH del 21 de setiembre del 2006, en el caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, donde se dispuso que la detención masiva de personas que el Estado supone representan un riesgo o peligro para la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión

de un delito, deviene en ilegal y arbitraria.

En concordancia con dicho precedente, en el voto 2012-000463 de las 9:36 horas, del 16 de marzo de 2012, la Sala Tercera declaró ilegal un registro de vehículo que incumplió con los parámetros fijados en la jurisdicción constitucional, señalando:

De lo dicho conviene destacar entonces que, en consonancia con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de acatamiento obligatorio) y con otras Cortes de Derechos Humanos del mundo, la Sala Constitucional ha afirmado que: 1.- Constituyen una restricción ilegal y arbitraria de la libertad, aquellos retenes policiales para la detención de vehículos y personas que se realizan de manera masiva y generalizada, es decir, que no son el producto de una noticia criminis, o por lo menos de un indicio fundado de la comisión de un delito específico. 2.- De conformidad con los principios de legalidad y proporcionalidad, la libertad de tránsito solamente puede restringirse en los supuestos autorizados por ley y, -dada la existencia de este requisito-, cuando sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional (en sentido estricto) para alcanzar el objetivo trazado con esa actuación restrictiva de la libertad. 3.- En la ejecución del registro de vehículos debe cumplirse con lo establecido por el numeral 190 del Código procesal Penal, visto en relación con lo fijado por el artículo 189 de ese mismo cuerpo legal. 4.-Existen otros supuestos en que se autoriza la detención de vehículos, por ejemplo, para la averiguación de la condición migratoria, el control fiscal y del trasiego de especies, pero estos operativos no deben realizarse de manera indiscriminada o sin fundamento alguno”⁹.

Sin embargo, en un sentido opuesto, en el voto 2016-00130 de la Sala Tercera, se avaló la ejecución de una requisita ante la actitud sospechosa de un sujeto, afirmando: “[...]Según se adelantó, en anteriores oportunidades esta Sala de Casación ha establecido que la actitud manifiestamente nerviosa de la persona acusada ante la presencia de agentes de la policía constituye una razón plausible de que con probabilidad oculta algún objeto delictivo, lo que legitima realizar una requisita”.

4. Implicaciones del caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina, para el ordenamiento jurídico costarricense

A partir de lo expuesto *supra*, resulta posible establecer con meridiana claridad que el registro de vehículos, requisitas y detenciones, por incidir de forma significativa en

⁹ En el voto 2019-01257 de las 14:25 horas, del 30 de octubre del 2019, la Sala Tercera reiteró la legitimidad de los controles policiales preventivos realizados en las zonas fronterizas, señalando: “el operativo policial, tal y como lo señala el Tribunal de Juicio, se encuentra claramente justificado por tratarse de una zona rural y fronteriza, sobre la cual, la policía puede realizar controles para identificación de las personas, averiguación de la condición migratoria, control fiscal, trasiego de especies vegetales o animales, entre otros”.

derechos fundamentales, deben encontrarse previamente autorizadas en la ley¹⁰.

Pero además, dichas normas legales, incluir parámetros objetivos que legitimen su procedencia, toda vez que conforme a la CADH y la Corte IDH, no es posible realizar injerencias arbitrarias en la vida privada.

Un análisis atento de la jurisprudencia tanto constitucional como penal costarricense, permite evidenciar que el registro de vehículos, la requisita y la detención, se sustenta en una norma habilitante y en múltiples ocasiones, las diligencias son ejecutadas de conformidad con los parámetros previstos en la jurisprudencia convencional, al utilizar como sustento la existencia de una *notitia criminis* a partir de la cual, se extraen datos que permiten hacer razonable las actuaciones.

A pesar de lo anterior, debe notarse que la regulación prevista en el derecho interno costarricense, carece de parámetros objetivos en los términos convencionales ya apuntados, que permitan excluir la intuición policial u otros criterios subjetivos como sustento del registro de vehículos, la requisita y la detención, resultando insatisfechas las exigencias de la Corte IDH y CIDH con el requerimiento genérico de motivos suficientes o indicios comprobados incluidos en las normas transcritas *supra*, sin que las falencias apuntadas puedan ser obviadas en virtud del “éxito” de las diligencias.

En este sentido, a pesar de las advertencias de la Corte IDH acerca del olfato policial y la actitud nerviosa ante la presencia policial como criterios insuficientes para legitimar la requisita y la detención, la Cámara de Casación los ha incorporado como reglas de la experiencia para legitimar dichas diligencias, tal y como ocurrió en el voto 2014-01825, de las 10:26 horas, del 13 de noviembre de 2014, donde afirmó que:

Ya esta Sala ha señalado que la actitud manifiestamente nerviosa del acusado ante la vista de agentes del orden público, supone una razón plausible de la experiencia policial, de que el justiciable con probabilidad esconda algún objeto delictivo, tornando en consecuencia, legítima la requisita, tal y como ocurrió en el caso del imputado Bermúdez Ramírez (Entre otras, resolución de esta Sala N° 2014-1323, de las 10:04 horas, del 1 de agosto de 2014).¹¹

10 En este sentido, no debe soslayarse que: “El principio de legalidad se constituye en un límite externo al ejercicio del ius puniendi como monopolio estatal y su contenido implica no sólo una garantía de seguridad jurídica al requerirse previamente la normatividad sancionadora sino, además, cumple una función de garantía de libertad en el marco de un Estado Democrático y constitucional de Derecho en el que se hayan respetado las normas y procedimientos para la emisión de la ley” (Chinchilla y García 2005, 158).

11 El uso de la malicia policial como criterio para acreditar la existencia de motivos suficientes, ha sido reiterado por la Sala Tercera en el voto 2014-928 de las 9:10 horas, del 18 de diciembre de 2014. En este caso, se tuvo que mientras oficiales de policía realizaban un recorrido de rutina, registraron un vehículo de transporte público que se encontraba a la orilla de una calzada, considerando que los sujetos a abordaje se encontraban en una actitud sospechosa y nerviosa, situación en la que el conductor brindó el consentimiento para la revisión del automotor y en su

5. Conclusiones

Luego de contraponer los alcances del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina*, con la legislación y el ordenamiento jurídico costarricense, es posible concluir que la requisita, el registro de vehículos y las detenciones, se encuentran autorizadas por ley y en consecuencia, amparadas en el principio de legalidad conforme se requiere en el pronunciamiento de marras.

A pesar de lo anterior, la disposiciones legales que facultan a las autoridades costarricenses a realizar las diligencias apuntadas, no se adecúan a las exigencias de la normativa y jurisprudencia convencional en la relación con la previsión de criterios objetivos que excluyan apreciaciones subjetivas y las intuiciones policiales como criterios legitimadores, toda vez que la legislación se circunscribe a exigir motivos suficientes o indicios comprobados en los términos ya expuestos.

Como consecuencia de la vaguedad antes referida, la jurisprudencia costarricense ha legitimado las actuaciones referidas, con base en los criterios proscritos por el bloque de convencionalidad, incluyendo para dichos efectos, el uso del olfato policial o malicia y el nerviosismo, apreciaciones subjetivas que torna ilegales los elementos de convicción directamente obtenidos y la demás prueba derivada de dichas actuaciones inconvencionales, lo que pone en evidencia la urgencia de realizar una revisión de la normativa y la *praxis* costarricense.

Bibliografía

Chinchilla Calderón, Rosaura; García Aguilar, Rosaura. 2005. *En Los Linderos Del Jus Puniendi: Principios Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A..

Ferrajoli, Luigi. 2010. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, séptima edición.

Llobet Rodríguez, Javier. 2012. *Proceso penal comentado: (Código procesal penal comentado)*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Sánchez Mora, Jeffrey. 2015. *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. San José: Editorial Juritexto.

interior, se ubicó un kilogramo de cocaína – lo que resulta análogo al caso de Fernández Prieto-. Al justificar las razones de la intervención, el oficial de policía actuante expuso en debate: “El taxi estaba ubicado sobre el puente y en ese mismo sector era que estaba el retén. La experiencia que tenemos en la que nos hizo acercarnos al taxi, el taxista estuvo anuente en todo momento, pero el imputado se le sentía un poco nervioso, es donde nos despertó la malicia”.

Salvador Leyva Morelos Zaragoza

Secretario Técnico de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Layla Gabriela Almaraz Olivares

Directora de la Secretaría Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de Defensoría Pública en México

Sospechosamente culpable

I. Introducción

Desgraciadamente tanto en México como en la región las violaciones a los derechos humanos -detenciones ilegales y arbitrarias, la tortura y malos tratos, las desapariciones y la violencia en general- han dejado de ser noticia para convertirse en un asunto cotidiano y peligrosamente normalizado. En la práctica, los conceptos desarrollados en las normas y jurisprudencia mexicanas e internacionales sobre las “sospechas razonables” o los “controles preventivos provisionales” son rebasados por las arraigadas dinámicas, muchas veces discriminatorias, del uso desproporcionado y arbitrario de la fuerza.

La “sospecha razonable” se desnaturaliza en la práctica y terminar respondiendo a cuestiones subjetivas sobre qué tan nerviosa estaba una persona, qué ropa traía puesta, o de qué color es su piel. Los agentes estatales parecen convertirse de la nada en expertos en psicología, criminología, comportamiento humano y hasta en jueces. La experiencia mexicana y en muchos países de América Latina refleja que, en muchas ocasiones, la “sospecha” está cargada de prejuicios que, de forma consciente o inconsciente, no solo motivan la detención sino que la hacen arbitraria.

El escenario actual en la región no es alentador. En el marco de las protestas en Colombia en 2021, la policía detuvo a más de 5.500 personas bajo la figura legal del “traslado por protección”¹. A finales de octubre de 2019, las protestas en Ecuador

1 Human Rights Watch (HRW). Colombia: Brutalidad policial contra manifestantes. 09/06/2021. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2021/06/09/colombia-brutali->

culminaron con más de 1.000 personas detenidas de forma ilegal o arbitraria, muchas de las cuales recuperaron su libertad pues sus detenciones únicamente se basaban en tener actitudes “sospechosas e inusuales”². Situaciones similares ocurren en Argentina, Bolivia, Brasil, Perú y Chile.

México no escapa del patrón regional. Cabe recordar que, desde el 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) evidenció cómo el señor Rosendo Radilla Pacheco fue detenido frente a su hijo en un retén militar y luego desaparecido forzosamente, sin que hasta la fecha se conozca su paradero³. Asimismo, entre el 2006 y junio del 2018 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió por lo menos trece recomendaciones dirigidas a distintas autoridades castrenses por violaciones graves a los derechos humanos cometidas en retenes militares o “puestos de control”; las violaciones configuradas incluyen detenciones ilegales o arbitrarias, actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, desapariciones forzadas, y/o ejecuciones extrajudiciales⁴.

dad-policial-contra-manifestantes.

2 HRW. Ecuador: Lecciones de las Protestas de 2019. 06/04/2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/04/06/ecuador-lecciones-de-las-protestas-de-2019>.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso *Radilla Pacheco vs. México*. 23/11/2009. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209, párr. 124, 125, y 150.

4 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Recomendación No. 77/2017 sobre el caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria de V1, V2, V3, y V4, en el Poblado Control, de Matamoros, Tamaulipas. 28/12/2017; Recomendación No. 11/2016 sobre el caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria en agravio de V1, en Anáhuac, Nuevo León. 21/03/2016; Recomendación No. 10/2016 sobre el caso de la detención arbitraria, retención y cateo ilegales, así como tratos crueles en agravio de V1, V2, y V3 en Piedras Negras, Coahuila. 11/03/2016; Recomendación No. 15/2013 sobre el caso de detención arbitraria, retención ilegal y tortura en agravio de “V1”, y retención ilegal en agravio de “V2”, por parte de elementos de la Secretaría de Marina en el Estado de Veracruz. 29/04/2013; Recomendación No. 22/2011 sobre el caso de privación de vida de V5 y atentados contra la integridad personal de VI, V2, V3, y V4. 29/04/11; Recomendación 10/2011 sobre los hechos ocurridos en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6 y V7, en el municipio de Apodaca, Nuevo León. 25/03/2011; Recomendación No. 8/2011 sobre el caso de privación de la vida de V1 y retención ilegal en agravio de V2, en el Municipio de Huamantlán, Guerrero. 25/02/2011; Recomendación No. 50/2010 sobre el caso de tortura de V1 y V2. 29/09/2010; Recomendación No. 43/2010 sobre el caso del atentado a la vida de “V1”. 15/07/2010; Recomendación No. 36/2010 sobre el caso de los hechos ocurridos en agravio de los menores Martín Almanza Salazar, Brayán Almanza Salazar, y otros, en el Estado de Tamaulipas. 16/06/10; Recomendación No. 048/2009 sobre el caso de señor (omitido), en el municipio de San Dionisio Ocotepéc, Tlaxolula, en el Estado de Oaxaca. 23/07/2009; Recomendación 35/2008 sobre el caso de los señores Sergio Meza Varela y José Antonio Barbosa

En los últimos años, la CNDH ha emitido también múltiples recomendaciones y comunicados en los que se denuncian las detenciones arbitrarias en manifestaciones pacíficas de mujeres⁵ y las detenciones prolongadas seguidas de actos de tortura en el marco de investigaciones criminales⁶. Bajo este tipo de investigaciones, la arbitrariedad de las detenciones se agrava al punto de que el 82% de las personas detenidas reportaron que fueron sacadas de algún lugar sin orden de detención o detenidas en la calle, y 7 de cada 10 personas padeció algún tipo de tortura o maltrato durante su detención⁷.

La arbitrariedad en las detenciones en México impacta de forma diferenciada a personas que se encuentran en alguna situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, informes reflejan que de 100 mujeres detenidas y entrevistadas, 72 sufrieron algún tipo de violencia sexual en su detención y 33 fueron violadas durante el arresto⁸. En el caso de personas en condición de pobreza, muchas veces son detenidas si se encuentran “en un área acaudalada de la ciudad (una zona “a la que no pertenecen”)⁹”, o las personas jóvenes son arrestadas por “parecer sospechosos” o porque se “veía que andaban en algo”¹⁰.

Es bajo este escenario regional que resulta fundamental el establecimiento de normas, criterios y parámetros que regulen y limiten claramente el actuar de los po-

Ramírez, en Reynosa, en el estado de Tamaulipas. 11/07/2008; y Recomendación 34/2008 sobre el caso del menor Víctor Alfonso de la Paz Ortega y del joven Juan Carlos Peñaloza García, en el municipio de Huetamo, en el Estado de Michoacán. 11/07/2008.

5 CNDH. Comunicado de prensa: “Condena CNDH agresiones cometidas por agentes de seguridad pública durante una manifestación pacífica en León, Guanajuato”. 25/08/2020. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-08/COM_2020_263.pdf.

6 CNDH. Recomendación 34VG/2020. 09/07/20. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-07/RecVG_034.pdf y Recomendación No. 45/2019. 15/07/2019. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/REC_2019_045.pdf.

7 World Justice Project. “Cuánta Tortura: Prevalencia de violencia ilegal en el proceso penal mexicano”. Disponible en: <https://worldjusticeproject.mx/cuanta-tortura-mx/> Las cifras presentadas derivan de entrevistas realizadas a más de 50 mil personas privadas de libertad que fueron detenidas entre 2006-2016. Las entrevistas fueron realizadas en 2016 en el marco de la Encuesta Nacional a Personas Privadas de la Libertad (ENPOL).

8 Amnistía Internacional (AI). “Sobrevivir a la muerte: tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México”. Disponible en: https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/03/sobrevivir_a_la_muerte.pdf.

9 AI. “Falsas Sospechas: Detenciones arbitrarias por la Policía en México”. Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4153402017SPANISH.PDF>.

10 *Ídem*.

licías y otras fuerzas de seguridad. En este aspecto, son relevantes las decisiones de la Corte IDH en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*¹¹, así como la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014. Ambas resoluciones comparten la trascendencia de los temas analizados y los derechos humanos en juego, principalmente la libertad personal, la privacidad y la certeza jurídica.

II. Experiencia comparada

El 1 de septiembre de 2020 la Corte IDH emitió la sentencia del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, que había sido litigado por la Defensoría General de la Nación de Argentina. Si bien el fallo se refiere a hechos ocurridos hace casi tres décadas, aborda problemáticas actuales relacionadas con políticas criminales que se endurecen día a día en la región.

El caso se refiere a la detención de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto, en mayo de 1992 por la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y de Carlos Alejandro Tumbeiro, en enero de 1998 por la Policía Federal Argentina. La Corte IDH resolvió que el Estado argentino es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, vida privada, garantías judiciales y protección judicial.

La sentencia nos permite recordar y analizar los razonamientos de la SCJN en México al resolver las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014, en las cuales no se analizó un caso individual, sino trece artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) cuya constitucionalidad fue cuestionada, particularmente en lo atinente a la inspección de personas y vehículos realizada por la policía.

II.1. El caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*

Es pertinente destacar que las resoluciones difieren en las argumentaciones expuestas y en el alcance y límites a las facultades de los elementos policíacos al inspeccionar y detener a personas y vehículos. Por ejemplo, a diferencia de la resolución de la SCJN, el tribunal interamericano evaluó ampliamente el contexto nacional, cuestión determinante para instaurar normas y parámetros que respondan a las complejas realidades que imperan en los países de la región.

La sentencia interamericana reflejó que las detenciones se dieron en el marco de la llamada “guerra contra las drogas” durante la década de 1990, época en la que el “olfato policial” avalaba “actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por

11 Corte IDH. Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. 01/09/2020. Fondo y Reparaciones. Serie C. No. 411.

políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes”¹². Se reconoció también que la detención del señor Tumbeiro se justificó en su actitud “sospechosa”, su “estado de nerviosismo”¹³ y en que “su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero”¹⁴.

En su resolución, la Corte IDH hizo hincapié en dos cuestiones centrales: 1) la salvaguardia contra actos discriminatorios y 2) la necesidad de imponer límites claros y objetivos al actuar policial.

Respecto a la primera, la sentencia se nutrió ampliamente de la información aportada por las personas peritas en las audiencias públicas, quienes señalaron los riesgos de la “calificación no objetiva de la actitud o apariencia de una persona como sospechosa con fundamento en ideas preconcebidas por los agentes policiales sobre la presunta peligrosidad de ciertos grupos sociales”¹⁵; así como el hecho de que los “cuerpos de seguridad ejercen en gran medida la facultad de identificación y registro a través del uso de perfiles discriminatorios”¹⁶. Considerando lo anterior, la Corte IDH determinó que “las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse antela presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar” y recordó su jurisprudencia en el sentido de que “los estereotipos consisten en preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. El empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias”¹⁷.

La Corte IDH señaló que ante la falta de elementos objetivos:

[...] la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad [...]. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios

12 Corte IDH. Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. 1/9/2020. Fondo y Reparaciones. Serie C. No. 411, párr. 26.

13 *Ibid.*, párr. 50.

14 *Ibid.*, párr. 47.

15 *Ibid.*, párr. 80.

16 *Ibid.*, párr. 81.

17 *Ibid.*, párr. 79-80, haciendo referencia a lo establecido previamente en la sentencia emitida en el caso *Norín Catrimán y otros (Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. 29/05/2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, párr. 223).*

respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a [la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación]¹⁸.

Tratándose de la segunda cuestión, el tribunal interamericano destacó que, si bien los Estados tienen la obligación de prevenir los delitos y mantener la seguridad y el orden público, estas obligaciones no pueden cumplirse a través de actuaciones arbitrarias que carezcan de reglas y límites. Al respecto, la Corte elaboró una serie de parámetros relevantes¹⁹:

- Todas las revisiones de personas o vehículos deben cumplir con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad.
- Determinar claramente los supuestos habilitantes para realizar una detención y/o inspección personal y a vehículos sin orden judicial.
- En estos casos, se debe “contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención”²⁰.
- Las regulaciones que contemplen las facultades de actores estatales involucrados en la prevención e investigación de los delitos deben incluir referencias específicas y claras a parámetros que eviten la arbitrariedad en la revisión de un vehículo “o una persona con fines de identificación.
- Estas regulaciones deben respetar el principio de igualdad y no discriminación, buscando evitar “la hostilidad en contra de grupos sociales en virtud de categorías prohibidas por la propia Convención Americana”²¹.

Es de suma importancia rescatar el razonamiento de la Corte IDH en el sentido de que la regla general es que las inspecciones corporales se deben efectuar previa orden judicial debidamente motivada. La excepción es que, en algunos casos y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, puede realizarse la revisión sin mediar mandamiento judicial, sin que esta resulte desproporcionada y “tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad”²².

18 *Ibid.*, párr. 81.

19 *Ibid.*, párr. 90.

20 *Ídem.* La Corte IDH señaló que “la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional”.

21 *Ídem.*

22 *Ibid.*, párr. 109.

La Corte IDH señaló que la validez de las inspecciones a personas y/o vehículos no puede basarse en consideraciones “relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista”²³. Por un lado, no es posible validar la actuación arbitraria del personal policíaco argumentando la obtención de ciertos resultados. Esto sería como aceptar que el fin justifica los medios, aunque estos últimos impliquen violaciones a los derechos humanos. Por otro, es evidente que una “actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales”²⁴. Esta es una salvaguardia importante para las personas, sobre todo en el caso de inspecciones en el marco de investigaciones criminales que concluyen en la instauración de largos procesos penales repletos de irregularidades.

II.2. Las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014

El 22 de marzo de 2018, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana resolvió las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 interpuestas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos. Con ellas se impugnaron diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales relacionadas con temas tales como: la inspección de personas y vehículos, la detención en flagrancia, la geolocalización en tiempo real, el resguardo domiciliario como medida cautelar y la duración de las medidas cautelares²⁵.

En juego estaba una importante discusión sobre las facultades de la policía en la investigación de los delitos en México, así como la revisión constitucional del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado el 5 de marzo de 2014 en el marco de la reforma al sistema de justicia penal de 2008, con la que se dejaba atrás al llamado sistema penal inquisitivo y se daba paso al sistema acusatorio adversarial. Bajo las normas y lógica de este nuevo sistema, la policía adquirió un papel central en la investigación de los delitos²⁶, y es precisamente por esta razón que el establecimiento de límites a sus actuaciones resultaba esencial.

23 *Ibíd.*, párr. 74.

24 *Ibíd.*, párr. 83.

25 Específicamente, se impugnaba la constitucionalidad de los artículos 132, fracción VII; 147, tercer párrafo; 148; 153, primer párrafo; 155, fracción XIII; 242; 249; 251, fracciones III y V; 266; 268; 303; 355, último párrafo; y 434, último párrafo, todos del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05/03/2014.

26 El artículo 21, primer párrafo, de la Constitución mexicana señala: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

Además, debe considerarse que el cambio en el sistema de justicia obedecía a los reclamos sociales que demandaban acabar con la opacidad, abusos, corrupción y violaciones a derechos humanos que se daban en el marco del sistema de seguridad y justicia anterior. Destaca, por ejemplo, que, tras su visita a México en 2002, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria mostró una gran preocupación pues:

La gran mayoría de las detenciones arbitrarias parecen resultar del recurso frecuente a lo que se denomina “revisión y vigilancia rutinarias”, redadas con cierta periodicidad, bajo la apariencia de acciones preventivas contra la delincuencia en general, así como de arrestos basados en “denuncias anónimas” o en “actitudes sospechosas”, en la observación de un “marcado nerviosismo”, y sin que se notifique al interesado cuáles son las razones de su detención aunque, al mismo tiempo, se solicite su cooperación. La posible combinación de estas prácticas con la eventual campaña a favor de la “tolerancia cero” corre el riesgo de agravar los efectos nefastos de estas detenciones²⁷.

Fue con miras a combatir estos abusos que entró en vigor el nuevo sistema de seguridad y justicia penal en México, y es en este contexto de cambio que tuvo lugar la discusión en el Pleno del máximo tribunal del país²⁸.

La trascendencia y relevancia de estas acciones se explica también en que al mismo tiempo en que se analizaría la constitucionalidad de diversas disposiciones del Código, particularmente lo relativo a las inspecciones personales y a vehículos realizadas por personal policiaco, se tendría la oportunidad de reforzar las salvaguardias a los derechos de las personas. Cuestión que no es menor en países como México, inmersos en una fuerte crisis de violencia, inseguridad e impunidad.

Considérese que en 2018, año en que se discutieron las acciones de inconstitucionalidad sujetas a estudio, el 93.2% de los delitos no fueron denunciados o no se inició averiguación previa o carpeta de investigación alguna²⁹. Entre las razones por las que no se denunciaron los delitos se encontraban la “pérdida de tiempo” y la “desconfianza en la autoridad”³⁰. En ese año, el 67.2% de la población mexicana consideraba que el problema más grave era la inseguridad³¹. Tratándose del nivel de

27 Comisión de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México (27 de octubre a 10 de noviembre de 200). Adición. E/CN.4/2003/8/Add.3. 17/12/2002, párr. 42.

28 Véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014, párr. 27-30.

29 INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2019/>

30 *Ídem*.

31 *Ídem*.

confianza en las autoridades, solo la mitad de la población confiaba en el trabajo de policías ministeriales o judiciales, ministerios públicos y procuradurías estatales³².

A la luz de lo anterior, la CNDH solicitaba, entre otras cuestiones, se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 251³³, fracciones I y III, 266³⁴ y 268³⁵ del CNPP, relacionados con actuaciones de las autoridades investigadoras, sin necesidad de una autorización judicial.

La CNDH sostuvo que estas disposiciones vulneraban los derechos de las personas a la libertad personal y de tránsito, seguridad jurídica, privacidad y vida privada, entre otros, fundamentalmente porque se autorizaba a la policía a realizar la inspección de personas y vehículos sin necesidad de contar con autorización judicial previa, por lo que las policías podían inspeccionar a cualquier persona o vehículo de manera discrecional y arbitraria. La CNDH destacó que se contemplaban inspecciones exentas de cumplir con requisitos y formalidades constitucionales, por lo que se estarían legitimando actos arbitrarios; y que incluso se autorizaban inspecciones forzosas sin límites ni parámetros claros de actuación.

El Pleno de la SCJN no compartió esta postura y en su sentencia diferenció entre privaciones definitivas a la libertad y afectaciones momentáneas a la libertad, como lo son los controles preventivos provisionales, los cuales definió como:

[...] restricciones temporales al ejercicio de un derecho, las cuales no deben confundirse con una detención propiamente dicha, ya que no implican una privación del derecho de libertad personal, sino una afectación momentánea de la misma que deberá estar justificada por la autoridad y que [...] en muchos

32 *Ídem*.

33 Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Artículo 251: “No requieren autorización del Juez de control los siguientes actos de investigación: [...] III. La inspección de personas; [...]; V. La inspección de vehículos [...]”.

34 CNPP. Artículo 266: “Todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión. Antes de que el procedimiento se lleve a cabo, la autoridad deberá informarle sobre los derechos que le asisten y solicitar su cooperación. Se realizará un registro forzoso sólo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste. Si la persona sujeta al procedimiento no habla español, la autoridad deberá tomar medidas razonables para brindar a la persona información sobre sus derechos y para solicitar su cooperación”.

35 CNPP. Artículo 268: “En la investigación de los delitos, la Policía podrá realizar la inspección sobre una persona y sus posesiones en caso de flagrancia, o cuando existan indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito que se investiga. La revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones. Cualquier inspección que implique una exposición de partes íntimas del cuerpo requerirá autorización judicial. Antes de cualquier inspección, la Policía deberá informar a la persona del motivo de dicha revisión, respetando en todo momento su dignidad”.

casos tiene como finalidad última la prevención, preservación o consecución de la seguridad pública³⁶.

En el centro del razonamiento de la SCJN se encuentra la llamada “sospecha razonable” que sirve como justificación para un control preventivo provisional y sin ella “la inspección se vuelve arbitraria y, por ende, violatoria de derechos humanos”³⁷. Para acreditar la existencia de esta sospecha, la SCJN determinó que la autoridad “deberá señalar detenidamente cuál era la información (hechos y circunstancias) con la que contaba en ese momento para suponer que la persona en cuestión estaba cometiendo una conducta ilícita o, por el contrario, si el registro o revisión fue autorizada libremente por el posible afectado”³⁸. En cuanto al primer supuesto -la carencia de la comisión de un delito-, la información proporcionada por la autoridad debe ser razonable y objetiva, es decir, suficiente para que cualquier persona objetiva hubiese llegado a la misma determinación³⁹.

La SCJN concluyó que las características de los controles provisionales preventivos, como lo son la inspección de vehículos y personas, derivan de las facultades de la policía en materia de seguridad pública y tienen como finalidad prevenir e investigar delitos, así como preservar la seguridad y orden públicos. Estos proceden, invariablemente, sólo cuando existe una “sospecha razonable”⁴⁰. En consecuencia, reconoció la validez de los artículos 251, fracciones III y V, 266 y 268 del CNPP.

Destaca que la resolución del Pleno de la SCJN contó con disidencias que vale la pena mencionar. Por ejemplo, en una de las sesiones públicas, el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea se pronunció claramente respecto a su inconformidad con la declaratoria de validez de los artículos 251, fracciones III y V, 266 y 268 del CNPP, al señalar que no había:

[...] principio de legalidad en estos tres preceptos porque la ley no lo prevé, en un caso prevé un supuesto que constitucionalmente no es admitido, y en los otros no establece sobre qué reglas o parámetros va a actuar la autoridad para que, por un lado, la autoridad tenga a su disposición cuál es el camino que tiene que utilizar, y, por el otro lado, el particular pueda resistir aquello que ya incurre en el terreno de lo arbitrario⁴¹.

Tratándose del artículo 251, el Ministro Zaldívar señaló que mantenerlo implicaría

36 *Supra nota* 28, párr. 65-66.

37 *Ibid*, párr. 101.

38 *Ibid*, párr. 78.

39 *Ibid*, párr. 78-80.

40 SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014, párr. 81-82.

41 Sesión del Pleno de la SCJN. D 12/03/2018. Disponible en: <https://arturozaldivar.com/posicionamientos-intervenciones/accion-de-inconstitucionalidad-10-2014-y-acumulada/>.

que “la autoridad sin necesidad de sospecha razonable ni ningún otro presupuesto puede simple y sencillamente a su discrecionalidad, que cuando no está sujeta a principios se convierte en arbitrariedad, revisar vehículos sin ningún parámetro de constitucionalidad”⁴². Respecto a los artículos 266 y 268 mostró su preocupación porque dieran “lugar a grandes abusos”, por no existir límites claros a la actuación policial y por la falta de “mínimas garantías de defensa y de respeto a los derechos fundamentales”⁴³. En su voto particular, el Ministro señaló:

[...] contrariamente a lo que sostiene la mayoría, me parece que la porción normativa impugnada del artículo 268 resulta inconstitucional al contravenir la doctrina de esta Suprema Corte en este tema. Por lo demás, considero que este nuevo supuesto de control preventivo no sólo es inconstitucional por las razones antes expuestas, sino que además vulnera la seguridad jurídica de las personas porque puede propiciar muchas arbitrariedades en la práctica, ya que puede servir para que la policía asegure bienes de las personas que están en la vía pública bajo la simple sospecha de que se tiene información derivada de una denuncia en el sentido de que los objetos están relacionados con un delito⁴⁴.

Destaca que, al igual que la Corte IDH en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, el máximo tribunal mexicano señaló que la sospecha razonable no puede justificarse en la “apariencia física de las personas, su forma de vestir, hablar o comportarse”, ni puede derivarse de una “simple sospecha que provenga de un criterio subjetivo del agente, basado en la presunción de que, por la simple apariencia del sujeto, es posible que sea un delincuente”⁴⁵. Sin embargo, parece haberse perdido la oportunidad de instaurar controles y límites efectivos para proteger a sectores históricamente vulnerados, como sí lo hizo el tribunal interamericano.

III. Conclusión

Al igual que en los casos de Carlos Alberto Fernández Prieto, Carlos Alejandro Tumbeiro, y como sucede en el caso de miles de personas más en México y en la región, la experiencia nos demuestra que las violaciones a los derechos humanos -en muchas ocasiones de gravedad-, comienzan con una detención ilegal o arbitraria y terminan con la destrucción de los proyectos de vida tanto de las personas detenidas como de sus familias.

Tras una detención de este tipo, siguen procesos penales que, de origen, se encuen-

42 *Ídem*.

43 *Ídem*.

44 SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/204. Voto particular y concurrente del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 10.

45 SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014, párr. 101.

tran ya fracturados y empantanados por múltiples irregularidades. Esto genera que las personas pasen largos periodos en prisión preventiva, se enfrenten a juicios que duran periodos irrazonables de tiempo y tengan que permanecer recluidas en prisiones que por lo regular no garantizan condiciones de vida digna.

Bajo un contexto de alarmante violencia y creciente militarización, los conceptos desarrollados por tribunales nacionales e internacionales deben comenzar a cobrar vigencia no solo en papel, sino también en la realidad. En esta tarea, el papel de las defensorías públicas en América y de quienes tienen el contacto más cercano con los asuntos penales es fundamental para llevar estos casos y situaciones sistemáticas no solo a los organismos nacionales, sino también a los internacionales. Así lo demuestra el caso litigado por la Defensoría General de la Nación de Argentina, cuya estrategia vale la pena replicar en la región.

Andrés Fernando Ospina Garzón

Doctor en Derecho de la Universidad de París II, Panthéon-Assas. Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia. Ex Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Actualmente, Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.

El olfato policial en argentina y la detención por señalamientos en Colombia. Miradas cruzadas de las amenazas a la libertad personal a partir del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro contra Argentina* y la sentencia C-303 de 2019

I. Introducción

La libertad no es una proclama formal prevista en una norma, con cierto rango dentro del ordenamiento jurídico. La libertad se constata a partir de la conjunción de dos elementos: por una parte, los límites previstos frente a la actuación de las autoridades públicas y, por otra parte, las garantías que rodean a las personas, para protegerse frente a la arbitrariedad. Por demás se presume que si se trata de normas carentes de efectividad, la libertad no existe.

El artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina de 1853 dispone que nadie puede ser “arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente [...]”. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley [debe] determinar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, mientras que el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, de 1991, prevé que nadie puede ser “reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Pero tanto Argentina como Colombia hacen parte del sistema interamericano de derechos humanos y, por lo tanto, reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos (Corte IDH), garante de lo previsto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Allí se dispone que:

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Por violación de la precitada norma de la Convención, mediante fallo del 1 de septiembre de 2020, la República Argentina fue condenada por la Corte IDH, por los hechos ilícitos internacionales cometidos contra los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Los hechos son antiguos; tanto, que al momento de encontrar justicia, en 2020, ambos ya habían muerto y las reparaciones ordenadas serán reclamadas por sus causahabientes.

La República Argentina se tomó varios años para implementar las recomendaciones que, al respecto, profirió la Comisión Interamericana y, ante ello, se interpuso la demanda ante la Corte. El señor Fernández Prieto fue condenado penalmente por tráfico de estupefacientes, con privación efectiva de la libertad, por hechos ocurridos en 1992, cuando la policía inspeccionó su vehículo y allí encontró una cantidad considerable de marihuana en cajas. Para la Policía, la requisita fue necesaria porque los ocupantes del vehículo se encontraban en una “actitud sospechosa” y su olfato no los defraudó. En el acta del operativo policial consta que el señor Fernández Prieto reconoció que se dirigía a entregar la droga, pero tiempo después éste sostuvo que firmó el documento sin conocer su contenido, porque “no se veía nada esa noche”.

Por su parte, el señor Tumbeiro fue condenado por porte de estupefacientes, cuando, en 1998, deambulaba con una vestimenta que, a juicio de los policías, no correspondía con el nivel social de la zona en la que se encontraba o, en sus palabras, “era inusual para la zona”. Fue entonces requerido para identificarse y, aunque exhibió su documento de identidad, la sospecha policial se reforzó por su “estado de nervio-

sismo”y porque, al ser cuestionado acerca de por qué se encontraba en tal zona de Buenos Aires, sostuvo que estaba allí para comprar artefactos electrónicos, a pesar de que en dicha zona no se vendían tales productos. Llevado a la patrulla y obligado a desnudarse, le fue encontrada una sustancia “blanca similar al clorhidrato de cocaína”, por lo que fue detenido. El señor Tumbeiro alegó que, estando dentro de la patrulla, los policías le “encajaron la droga”. Su condena a privación de la libertad fue suspendida a condición de trabajos comunitarios, que no se cumplieron, por causas ajenas al condenado.

En ambos casos, los jueces que realizaron el control judicial consideraron que las razones relativas a la actitud sospechosa, a la vestimenta y al estado de nerviosismo eran suficientes para proceder a las requisas y, a tal punto tenían razón de proceder de tal manera, que su instinto canino no los defraudó: eran delincuentes y, gracias a la intuición policial, a su buen ojo, a su instinto y experiencia para perfilar a delincuentes, se protegió el interés general.

Para la Cámara Federal de Apelaciones la Policía actuó a partir de un estado de sospecha, dentro de circunstancias de urgencia tales que hacían imposible obtener una orden judicial previa. Aunque la Cámara Nacional de Casación Penal revocó la condena por ilegalidad de la requisas¹, finalmente fue confirmada por la Corte Suprema argentina, que concluyó que la “actitud sospechosa” de Tumbeiro, resultó “ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes”. Por el contrario, para la Corte IDH, las autoridades de policía carecían de facultades legales para detener a ambas personas, pues no existían indicios ciertos de que se encontraran cometiendo un delito, como lo exigía la legislación vigente. Esta, por otra parte, ni siquiera era suficientemente precisa en cuanto a las causas excepcionales de detención sin orden judicial y, por lo tanto, vulneraba el derecho a la libertad personal.

En la sentencia de condena a Argentina, la Corte IDH realizó un ejercicio de derecho comparado destinado a demostrar que en las legislaciones de muchos países (Colombia, México, República Dominicana y Costa Rica) la detención administrativa o policial, sin orden judicial, procede pero bajo estrictas exigencias inexistentes en la legislación argentina. En cuanto a Colombia, se citaron extractos atribuidos a la sentencia C-303 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, en donde se juzgó la constitucionalidad de una norma que permitía la aprehensión policial sin orden judicial por el señalamiento ciudadano de que, tiempo atrás, alguien cometió un delito. Tal circunstancia justifica que el análisis del fallo Fernández Prieto y Tumbeiro se combine, justamente, con el de dicha sentencia de la Corte Constitucional

1 La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal absolvió al señor Tumbeiro, luego de concluir que “la intercepción en la vía pública de una persona con fines [de identificación] y su ulterior alojamiento en un vehículo policial a la espera de la recepción de los antecedentes [...], constituye una verdadera detención que solo con [...] eufemismos habría de considerarse bajo el título de mera demora”.

colombiana. Para ello, se examinará la situación de la reserva judicial y del olfato policial para la prevención del delito. Además, en perspectiva, se presentarán algunas enseñanzas y alarmas cruzadas para ambos países.

II. La reserva judicial y el olfato policial para la prevención del delito

El artículo 18 de la Constitución argentina no reserva a los jueces la decisión de privación de la libertad. Únicamente dispone que nadie será privado de la libertad sin orden de autoridad competente, sin que necesariamente se trate de un juez. Tal fórmula coincide con la que existía en el artículo 23 de la Constitución colombiana de 1886². Allí tampoco se exigía la necesaria intervención judicial. Incluso, de manera expresa, la Constitución autorizaba, en el artículo 28, por orden presidencial y previo dictamen de los ministros, la aprehensión y retención de personas contra las que hubiere indicios de que atentan contra la paz pública, siempre y cuando hubiere “graves motivos para temer perturbación del orden público”³. Es por ello que, en Colombia, era normal que las personas fueran privadas de la libertad por disposición de autoridades no judiciales, como los alcaldes y los comandantes de policía. Símbolo de ello fue el denominado Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978) que, aunque fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, el 30 de octubre de 1978, con varios salvamentos de voto, permitió detenciones administrativas, torturas y allanamientos sin ningún tipo de control judicial posterior. Igualmente, el Código Nacional de Policía de 1970 autorizaba la detención administrativa hasta por 24 horas, con fines de individualizar al sujeto y de verificar si había o no cometido un delito o si había orden de captura en su contra⁴.

2 Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes”.

3 Esta facultad se limitó por reformas constitucionales posteriores. Así, el artículo 7 del Acto Legislativo del 10 de septiembre de 1914 impuso el concepto previo del Consejo de Estado. Por su parte, el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 1968 dispuso que, al cabo de 10 días de detención administrativa, debía liberarse a la persona o llevarla ante un juez.

4 En el Decreto 1333 de 1970, Código Nacional de Policía, esta facultad de detención administrativa se encontraba en varias normas. Así, el artículo 62 disponía: “[...] Excepcionalmente en materia penal, la policía puede disponer hasta de 24 horas para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura. Cuando ello ocurra dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura”. El artículo 64 preveía: “Para la aprehensión del reo ausente, de condenado o de prófugo se tendrá como suficiente petición de captura el requerimiento público”. El artículo 70: “En el caso del artículo anterior si el contraventor fuere capturado para llevarlo ante el jefe de policía, los testigos, si los hubiere, deberán ser trasladados junto con el contraventor. El testigo que se resista podrá ser obligado por la fuerza”.. El artículo 71: “Con el sólo fin de facilitar la

Para la Constituyente que elaboró la Constitución de 1991 era necesario corregir tal situación y fue por ello que la decisión respecto de las libertades y derechos más sensibles se sometió a una reserva judicial de la primera y de la segunda palabra. Es decir, que no se trata simplemente de la exigencia de un control judicial posterior sino también del imperativo de orden judicial previa para la detención, salvo el caso de la flagrancia, como lo dispone el artículo 32 de la Constitución. Sin embargo, contrario a la intención del Constituyente, en un primer momento la jurisprudencia constitucional colombiana interpretó el segundo inciso del artículo 28 de la Constitución de tal manera que autorizaría, excepcionalmente, la detención administrativa preventiva. Así, se trataría de una excepción a la reserva judicial de la primera, mas no de la segunda y última palabra.

En efecto, luego de prever que nadie podrá ser privado de la libertad sin orden de autoridad *judicial* competente, el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución colombiana dispone que “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”.

A partir de ello, la sentencia C-024 de 1994 encontró que constitucionalmente era legítima la detención administrativa preventiva, porque no se realizaba con finalidad punitiva, pero la persona detenida debía ser puesta a disposición judicial en un término máximo de 36 horas. Así, “el inciso segundo del artículo 28 transcrito en el numeral anterior establece una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, puesto que consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas”.

Tal interpretación condujo a declarar la constitucionalidad de varias normas del Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, relativas a la captura administrativa, la detención hasta por 24 horas y la captura por requerimiento público, así como la captura con venia del alcalde. Ante los evidentes riesgos de tal facultad, la Corte Constitucional impuso estrictas exigencias, que evidenciaban la consciencia frente al riesgo de arbitrariedad.

Para que procediera esa captura administrativa eran necesarias:

- 1) razones objetivas “que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella”;
- 2) necesidad y urgencia tal que “no pueda exigirse la orden judicial, porque si la

aprehensión de delincuentes solicitados por autoridad competente, la policía previa venia del alcalde del lugar, podrá efectuar capturas momentáneas de quienes se hallen en sitios públicos o abiertos al público. // Esta operación se ejecutará en sitios urbanos o rurales predeterminados. // Las personas contra quienes no exista petición de captura deberán ser puestas inmediatamente en libertad, a menos que su identificación se dificulte, caso en el cual la captura podrá prolongarse hasta 12 horas”.

autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz”;

3) finalidad, porque la denominada detención preventiva tiene fines únicamente de identificación del sujeto y de los hechos, -“Es pues una aprehensión material con estrictos fines de verificación a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación”-;

4) temporalidad, ya que en un máximo de 36 horas la persona retenida debía ser puesta a disposición del juez competente (“[...] la Corte Constitucional resalta que éste es un límite máximo puesto que la policía sólo podrá retener a la persona por el tiempo estrictamente necesario para verificar ciertos hechos”);

5) proporcionalidad, porque la detención administrativa preventiva no “se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona”.

6) procedibilidad del habeas corpus;

7) no discriminación, ya que las detenciones preventivas no pueden “derivar en formas de hostilidad hacia ciertos grupos sociales debido a la eventual existencia de prejuicios peligrosistas (sic) de las autoridades policiales contra ciertas poblaciones marginales o grupos de ciudadanos”.

8) En todo caso, la detención preventiva no excepciona la reserva judicial para el allanamiento de los domicilios;

9) trato humano y digno a la persona retenida, así como ser informado acerca de las razones de la detención y de sus derechos; y

10) legalidad, ya que deben encontrarse determinadas expresamente las razones y los procedimientos de la detención administrativa preventiva. Esta interpretación de la Constitución colombiana fue confirmada en la sentencia C-179 de 1994, cuyos extractos fueron citados por la Corte IDH en el fallo *Fernández Prieto y Tumbeiro*, y, por lo tanto, se indica que la detención administrativa preventiva es válida en Colombia, aunque estrictamente limitada.

La sentencia C-179 de 1994, proferida respecto del proyecto de Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, confirmó esta interpretación del inciso segundo del artículo 28 de la Constitución:

[...] es preciso reiterar que por regla general es requisito indispensable para la aprehensión de personas la orden escrita de autoridad judicial competente, salvo los casos de flagrancia y el contenido en el inciso 2o. del artículo 28 de la Carta, que para el caso de estudio sería la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro⁵.

Sin embargo, la cita hecha por la Corte IDH es doblemente errónea: por una parte,

5 Corte Constitucional, sentencia C-179/94.

aunque se trata de una sentencia de 1994, citada en la sentencia C-303 de 2019, se afirma que corresponde a la sentencia de 2019. Por otra parte, la Corte omite referir, como claramente lo explica la sentencia de 2019, que dicha posición jurisprudencial fue abandonada desde el año 2005, a través de la sentencia C-730. De manera expresa, en tal decisión, la Corte consideró que la interpretación realizada en 1994 fue equivocada y que, en realidad, lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 28 de la Constitución colombiana no excepciona la reserva judicial de la primera palabra en la privación de la libertad, sino que la refuerza. Para la sentencia de 2005,

La protección judicial de la libertad tiene entonces un doble contenido, pues no solamente será necesario mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, sino que una vez se le haya detenido preventivamente en virtud de dicho mandamiento deberá ser puesta a disposición del juez competente, en el menor tiempo posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes⁶.

Esta posición jurisprudencial fue confirmada en las sentencias C-850 de 2005, C-176 de 2007 y C-879 de 2011. Es por ello que la Corte condicionó la constitucionalidad de las normas generales del Código Nacional de Policía de 1970 que permitían la detención administrativa en el entendido de “que se requiere que exista mandato previo de autoridad judicial competente”. Para la Corte Constitucional, la reserva judicial *previa y posterior* materializa los principios democrático y de separación de poderes, que definen la Constitución de 1991⁷.

En virtud de la nueva posición jurisprudencial, en las sentencias C-530 de 2003, C-237 de 2005, C-850 de 2005, C-929 de 2008 y C-329 de 2016 se declaró la inexecutable de diversas facultades administrativas de privación de la libertad. Debe resaltarse, igual-

6 Corte Constitucional, sentencia C-730/05.

7 Esa posición unánime de este Tribunal no sólo encuentra sustento en la interpretación literal del artículo 28 superior, sino en la lectura sistemática de los artículos 1º, 2º, 113 y 250 de la Constitución, puesto que la estricta reserva judicial para el ejercicio legítimo de la restricción de la libertad física de las personas surge de los principios democrático y de separación de las ramas del poder público que dejan a cargo del órgano judicial la armonización de los derechos e intereses en tensión cuando se investigan conductas que afectan bienes jurídicamente protegidos. De esta forma, la privación de la libertad se ubica entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y proteger la vida, honra y bienes de las personas y el deber estatal de asegurar el ámbito legítimo de la libertad del ciudadano. [...] Por consiguiente, la expresión “autoridad competente” prevista en el literal a) del artículo 56 del Código de Policía, resulta inconstitucional, en tanto que, conforme a la anterior filosofía constitucional que sirvió de fundamento a esa normativa, permite que otras autoridades, distintas a la judicial, y, en especial, las autoridades de policía a quienes está dirigida la normativa que contiene la regulación acusada, ordenen válidamente la privación de la libertad”. Corte Constitucional, sentencia C-176/07.

mente, que la sentencia C-720 de 2007 declaró la inconstitucionalidad de la retención preventiva en comando de policía y se exhortó al legislador para que expidiera un nuevo código de policía, acorde a la nueva realidad constitucional. Es por ello que se expidió la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Convivencia y Seguridad Ciudadana. Justamente en este nuevo código se incluyó una norma relativa a la “aprehensión con fin judicial”. Así, el artículo 168 de dicho código autorizaba la aprehensión de (i) una persona señalada de haber cometido un delito – aprehensión por señalamientos-; (ii) una persona sorprendida en flagrancia; (iii) una persona respecto de la cual alguien pide auxilio y (iv) una persona cuando un particular la ha aprehendido. En el caso de la aprehensión por señalamientos, aunque la norma no exigía que se tratara de un caso de flagrancia, caso en el cual es legítima la captura sin orden judicial, la condicionaba a que la persona que señala al otro acompañara al policía a presentar la denuncia penal. Allí tampoco se preveía un término máximo para la retención.

Para la Corte Constitucional, en lo que respecta a la aprehensión por señalamientos, se trataba de revivir la “captura por requerimiento público” prevista en el Código Nacional de Policía de 1970 y que había sido declarada constitucional en la sentencia C-024 de 1994 debido a una interpretación constitucional ya superada. “De ahí que la aprehensión por requerimiento público o captura por acusación, quedó proscrita constitucionalmente, por tratarse de una violación caracterizada del artículo 28 de la Constitución”⁸ y, la norma de 2019 no podía ser constitucional, porque permitía la captura sin orden judicial a quien días, meses o años atrás, posiblemente había cometido un delito, es decir, que no existía flagrancia. Para la Corte colombiana:

[...] se trata de una medida que contraría abiertamente el artículo 28 de la Constitución y que pone en altísimo riesgo la libertad de las personas, porque pretende reemplazar la garantía de orden previa de autoridad judicial competente, para que proceda la privación de la libertad, por un simple señalamiento hecho por otra persona la que, fruto del paso del tiempo, que podría ser incluso años, o de la confusión de los hechos, puede incurrir en un grave error en la identificación de quien considera delincuente⁹.

No obstante, en virtud del principio de conservación del derecho, el tribunal constitucional condicionó la interpretación de tal figura a que se entendiera que la expresión “señalada de haber cometido infracción penal” corresponde al caso de la flagrancia extendida y, por lo tanto, se requiere que el señalamiento ocurra inmediatamente después de la comisión del hecho. De esta manera, una figura que excepcionaba la captura en flagrancia fue desnaturalizada para adecuarla a la Constitución.

Como puede verse, la Constitución colombiana es mucho más exigente en cuanto a la privación de la libertad que lo que prevé el artículo 7 de la CADH o, incluso, el

8 Corte Constitucional, sentencia C-303/19.

9 Corte Constitucional, sentencia C-303/19.

artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, pero éste no es el caso de la Constitución argentina. Para la Corte IDH la detención sin orden judicial ni flagrancia es legítima, si resulta de causas previstas con suficiente precisión en la ley que se refieren a circunstancias objetivas que se relacionan con la existencia de pruebas de que el detenido cometió un delito y no se realiza por motivos discriminatorios. En otras palabras, la detención administrativa es posible si se reúnen las condiciones de la jurisprudencia colombiana de 1994, hoy en día superada.

Para el tribunal interamericano, las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro no sólo no se ajustaron a las normas vigentes que exigían “indicios vehementes o semiprueba de culpabilidad” (artículo 4 del Código de Procedimientos en lo Criminal vigente para la época de la detención de Fernández Prieto) o “indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación” (artículo 284 del Código Procesal Penal vigente para la época de la detención de Tumbeiro). Además, dichas habilitaciones legales eran excesivamente vagas o abiertas para guarecer adecuadamente la libertad personal¹¹. Para la Corte IDH “la falta de elementos objetivos para llevar a cabo la detención -los cuales no fueron mencionados en el acta de detención- interrogatorio y requisa, y el hecho de que la legislación no ofrezca salvaguardas frente a este tipo de actos, no cumplieron con el estándar de legalidad y no arbitrariedad”. Igualmente, en el caso del señor Tumbeiro la detención fue, además, discriminatoria y arbitraria, al haber sido concebida a partir de prejuicios derivados de su comportamiento y vestimenta, indicativa de su estatus socio-económico. En palabras de la Corte IDH: “el uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos”, algo que, lamentablemente, no fue oportuna y vehementemente reprochado por los jueces nacionales que realizaron el control judicial de la captura.

III. Enseñanzas y alarmas cruzadas para la adecuada garantía del domicilio y de la libertad personal

La condena a la República Argentina no puede ser indiferente para ninguno de los

10 De esta manera, en atención a la historia nacional, la Constitución colombiana establece garantías para la libertad personal más allá de aquellas exigidas por los compromisos internacionales adquiridos por el país y que se integran al bloque de constitucionalidad, donde no exige que la orden de privación provenga de una autoridad judicial”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-303/19.

11 “Sin embargo, la Corte considera que, aun en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción de detención sin orden judicial en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de “sospecha” de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona”.

países miembros del Sistema Interamericano. Aunque lo decidido en la parte resolutoria del fallo *Fernández Prieto* obliga directamente a Argentina, sin margen de interpretación ni discrecionalidad, de acuerdo con el artículo 2 de la CADH el resto de los miembros se obliga a realizar un adecuado control oficioso de convencionalidad de todo su ordenamiento jurídico, realizado no exclusivamente por parte de los jueces nacionales, pero sí dentro de las competencias y de acuerdo con los procedimientos internos. De allí que del fallo en cuestión surjan tanto enseñanzas como la advertencia de riesgos identificados respecto de la libertad personal.

Una primera idea fuerte consiste en el carácter general de la orden judicial en lo que concierne a las requisas personales, considerando que, por sí mismas, constituyen injerencias en la vida privada de las personas. Sin embargo, la orden judicial de requisas no es absoluta. La requisas policial, para prevenir la comisión de delitos o de contravenciones, resulta excepcionalmente legítima en consideración de (i) las urgentes circunstancias del caso, que impidan procurar una orden judicial motivada, (ii) en aplicación de causales legales suficientemente precisas, (iii) cuya tipicidad excluya la arbitrariedad y (iv) a partir de elementos de prueba objetivos y (v) no discriminatorios¹², que permitan concluir que se trata de una (vi) medida proporcionada que (vii) es practicada conforme a la dignidad humana¹³.

En lo que concierne al derecho colombiano, el mismo artículo 28 de la Constitución pareciera igualmente fundar la exigencia judicial para las requisas, al disponer que “Nadie puede ser molestado en su persona o familia”, sin orden de autoridad judicial competente. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido bastante tolerante en su excepción, para que las requisas no sean ordenadas judicialmente:

Al tratarse, en principio, de intervenciones menos lesivas de la libertad, la jurisprudencia ha admitido la relativización de las garantías, en particular, la de orden y control de autoridad judicial competente, al considerar que ciertas medidas policivas, como el registro a la persona, son molestias que no constituyen privaciones de la libertad, por sus implicaciones y su duración, pero resultan proporcionadas por los fines que persigue y por el limitado impacto que acarrean y no sería lógico, en el caso concreto, exigir la intervención judicial para ordenar el procedimiento molesto¹⁴. Sin embargo, incluso las molestias o afec-

12 Para la CIDH “la “sospecha” basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción o forma de vestir del señor Tumbeiro constituye una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demuestra la necesidad de la medida”.

13 De acuerdo con el fallo de la CIDH en comentario, “tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad”.

14 Como se observa, la Constitución estatuye que nadie puede ser molestado en su persona, como un mandato distinto del que establece el derecho a no ser privado de la libertad sino en virtud de mandamiento judicial. Lo cual significa que hay no solo una prohibición de privar a las personas de su libertad sin orden de autoridad judicial competente, sino además

taciones a la libertad personal, que no constituyan privación de la libertad, también gozan constitucionalmente de reserva judicial, aunque ésta sí pueda ser objeto de ponderación caso a caso y, por consiguiente, resultar excepcionada¹⁵.

Aunque el artículo 159 del Código colombiano de Convivencia y Seguridad Ciudadana, Ley 1801 de 2016, enlista las causales respecto de las cuales procede el registro a la persona, la norma adolece de un grave vacío, ya que no exige que se trate de una actuación urgente e imprescindible fundada en elementos probatorios objetivos¹⁶. Por el contrario, se trata de cláusulas abiertas que autorizan a la policía a realizar requisas para partir al descubrimiento de los hechos y establecer, por ejemplo, si la persona porta armas o explosivos, elementos hurtados o para prevenir la comisión de delitos o de comportamientos contrarios a la convivencia. A la luz del estándar convencional, se trata de hipótesis que no responden a la exigencia de tipicidad, objetividad ni proporcionalidad, razón por la cual se espera que las autoridades colombianas realicen, al respecto, un adecuado control de convencionalidad.

Una segunda idea fuerte consiste en la identificación del vehículo de las personas como un lugar amparado frente a las intromisiones de las autoridades, a partir de una asimilación al domicilio, al ser uno de los ámbitos propios del ejercicio de la vida privada. Para el fallo *Fernández Prieto y Tumbeiro*:

[...] las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos

una prohibición de interferencias arbitrarias en la libertad personal, incluso menos intensas que un encierro. En nuestro ordenamiento puede entonces advertirse que sin necesidad de autorización judicial, las autoridades de policía pueden ejercer actos coactivos sobre la libertad personal menos intensos que un arresto, un confinamiento o una retención, si tienen razones fundadas para concluir que es preciso hacerlo con el fin de garantizar otros derechos fundamentales”. Corte Constitucional, sentencia C-329/16.

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-303/19.

16 “ARTÍCULO 159. REGISTRO A PERSONA. El personal uniformado de la Policía Nacional podrá registrar personas y los bienes que posee, en los siguientes casos: 1. Para establecer la identidad de una persona cuando la persona se resista a aportar la documentación o cuando exista duda sobre la fiabilidad de la identidad. 2. Para establecer si la persona porta armas, municiones, explosivos, elementos cortantes, punzantes, contundentes o sus combinaciones, que amenacen o causen riesgo a la convivencia. 3. Para establecer si la persona tiene en su poder un bien hurtado o extraviado, o verificar que sea el propietario de un bien que posee, existiendo dudas al respecto. 4. Para establecer que la persona no lleve drogas o sustancias prohibidas, de carácter ilícito, contrarios a la ley. 5. Para prevenir la comisión de una conducta punible o un comportamiento contrario a la convivencia. 6. Para garantizar la seguridad de los asistentes a una actividad compleja o no compleja o la identidad de una persona que desea ingresar a un lugar”.

dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades.

El vehículo de las personas, como un espacio cerrado en el que las personas ejercen su derecho a la intimidad y, por lo tanto, como una forma de domicilio, ya había sido establecida por la Corte Constitucional italiana¹⁷ e, incluso, por la Corte Constitucional colombiana¹⁸.

Para el tribunal constitucional de Colombia la protección del domicilio materializa el principio constitucional de separación entre lo público y lo privado y así se justifica la exclusión general de las autoridades respecto de dichos espacios¹⁹. Es por ello que, aunque las causales legales para el registro de los vehículos son igualmente amplias, al menos una de dichas causales establece que el registro será posible cuando existan indicios de que el vehículo está siendo utilizado para la comisión de un delito o de un comportamiento contrario a la convivencia²⁰. Allí también se impone un importante

17 Corte Constitucional italiana, sentencia de legitimidad constitucional en vía incidental del 25/3/87, n. 88, considerando 2.

18 “[...] la palabra domicilio tiene más amplitud en la Constitución que en la ley civil. Protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental. Por ejemplo, la habitación del hotel, el camarote del barco, la casa rodante, etc”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-519/07, reiterada en la sentencia C-212/17.

19 El principio constitucional de separación entre lo público y lo privado se estableció en la sentencia C-212/17, en donde se precisó que “el domicilio, *entendido en un sentido amplio*, se constituye así en un espacio excluido de la intervención pública, salvo la presencia de motivos de interés público, previstos en la ley y verificados previamente por una autoridad judicial, salvo en casos excepcionales determinados y delimitados de manera clara por la ley” (el destacado es propio).

20 Artículo 160 de la Ley 1801 de 2016: “REGISTRO A MEDIOS DE TRANSPORTE. El personal uniformado de la Policía Nacional podrá efectuar el registro de medios de transporte públicos o privados, terrestres, aéreos, marítimos y fluviales, y de los paraderos, estaciones, terminales de transporte terrestre, aeropuertos, puertos y marinas, de conformidad con las disposiciones que rigen la materia, y en los siguientes casos, para garantizar la convivencia y la seguridad:

Para establecer la identidad de los ocupantes y adelantar el registro de las personas que ocupan el medio y sus bienes, de conformidad con este Código.

Para establecer la titularidad del derecho de dominio del medio de transporte y verificar la procedencia y la legalidad del medio de transporte, y de los bienes y objetos transportados. Para constatar características o sistemas de identificación del medio de transporte.

Cuando se tenga conocimiento o indicio de que el medio de transporte está siendo utilizado o sería utilizado, para la comisión de un comportamiento contrario a la convivencia o una conducta punible.

En desarrollo de una operación policial ordenada por la institución policial o por mandamiento judicial, en cuyo caso se atenderán los procedimientos establecidos”.

control de convencionalidad ya que, incluso en la práctica, el registro a los vehículos en Colombia se encuentra banalizado y constituye una práctica policial ordinaria.

En tercer lugar, del fallo *Fernández Prieto y Tumbeiro* se reitera la importancia de que el control judicial posterior de la detención (i) sea de fondo, (ii) no se realice a partir de criterios utilitaristas o basado únicamente en los resultados de las requisas (justificaciones de las requisas debido a lo hallado) y (iii) se realice con estricto apego a las causales legales. Ya en el caso *Bulacio contra Argentina* la Corte IDH había constatado un deficiente control de legalidad de las detenciones administrativas²¹. Igualmente, debe resaltarse cómo el criterio del peligro, al referirse a la potencialidad de cometer hechos futuros, no es objetivo y, por lo tanto, no responde a los estándares convencionales de amparo a la libertad personal. De ahí que no sea admisible para la condena penal²² ni, con mayor razón, para la actividad policial. En el camino hacia el establecimiento de un adecuado control judicial se resalta que, en la sentencia C-212 de 2017, la Corte Constitucional colombiana exhortó al legislador a establecer un mecanismo para que la justicia pudiera examinar la regularidad de los excepcionales accesos al domicilio de las personas (¿incluidos los vehículos?) sin orden previa de una autoridad judicial.

Ahora bien, no sólo existen aprendizajes y oportunidades para avanzar hacia la adecuada protección de la libertad; también existen importantes riesgos. En efecto, la amplitud colombiana de las hipótesis legales de registro a las personas y a los vehículos se convierte en una amenaza permanente a la libertad personal ya que, de

21 “En el caso de las detenciones por averiguación de identidad, la policía generalmente eleva al juez, tardíamente, un listado de las personas detenidas, en el cual figuran como causas de la detención: “merodear”, “deambular”, “mirar las vidrieras” [...]. Los jueces efectúan un control “casi administrativo” de las detenciones policiales, [...] por lo que es materialmente imposible realizar un control efectivo de aproximadamente 100.000 a 150.000 detenciones mensuales que se producen en la ciudad de Buenos Aires. [...] La policía detiene a una gran cantidad de personas en conjunto o individualmente, y no es sino hasta que las lleva a la comisaría cuando se les “clasifica” como adultos, jóvenes, mujeres, varones. Dichas detenciones masivas se llevan a cabo bajo la definición a priori de que hay determinadas personas que, según el programa de la defensa social, per se pueden cometer delitos”. CIDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18/9/03. Serie C No. 100, párr. 69.

22 “[...] los Tribunales de Justicia violaron el derecho a la presunción de inocencia, ya que dieron por probada la peligrosidad sin que existiera prueba específica sobre ésta, apoyándose sólo en la apreciación “subjetiva e irracional” del Tribunal de Sentencia; (...) la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”. Corte IDH Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20/6/05, párr. 96. Los criterios de peligrosidad eran utilizados por los artículos 36-36 del derogado Código Penal colombiano de 1936, Ley 95 de 1936. Este sistema fue reemplazado por el construido a partir del derecho penal del acto.

encontrar objetos o implementos resultantes de un delito o con los que se cometió dicho comportamiento, el derecho colombiano entiende que, aún sin inmediatez, se trata de un caso de flagrancia y, por lo tanto, la detención procede sin orden judicial²³. Allí justamente se vuelve imprescindible la labor del juez para garantizar la libertad y para excluir del expediente las pruebas nulas por haber sido obtenidas con violación del debido proceso, de acuerdo con el inciso final del artículo 29 de la Constitución.

Finalmente, el riesgo de retroceso es latente. Las razones para el retorno a Estados policivos que aniquilen las libertades públicas van desde el que fue reprochado en el fallo *Fernández Prieto y Tumbeiro*, relacionado con la lucha contra las drogas²⁴, pasando por el argumento de la seguridad ciudadana hasta la lucha contra el terrorismo. Tal retroceso se intentó en Colombia con el Acto Legislativo 02 de 2003 que, motivado por la lucha contra el terrorismo, reformó el artículo 28 de la Constitución Política, autorizó las detenciones, allanamientos y registros sin orden judicial realizados por autoridades militares. Dicha reforma constitucional fue declarada inexecutable por vicios en su trámite mediante la sentencia C-816 de 2004. Sin embargo, prendió las alertas en defensa de la libertad y de los logros de la humanidad en pro de su amparo. Una adecuada ponderación entre la necesidad de garantía del orden público y la defensa de las libertades ciudadanas se convierte, entonces, en una necesidad permanente y apremiante en la que, en todo caso, ni el sexto sentido ni el olfato policial y ni siquiera los señalamientos públicos son suficientes para privar a alguien del derecho del que depende el ejercicio de las otras prerrogativas humanas: la libertad.

23 ARTÍCULO 301 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. “FLAGRANCIA. <Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011. Se entiende que hay flagrancia cuando: 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito. 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él”. 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo. 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible”.

24 [...] la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales, en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”. Corte IDH. *Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina*, Fondo y reparaciones. Sentencia del 1/9/20.

José María López Riba

Investigador postdoctoral de la Universidad de Girona

Consideraciones criminológicas del caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”

I. Introducción

El 26 de mayo de 1992, en una zona despoblada de la ciudad de Mar de Plata, Carlos Alberto Fernández es detenido por la policía cuando se encontraba en el interior de un vehículo con otros dos ocupantes. El 15 de enero de 1998, Carlos Alejandro Tumbeiro es detenido por la policía en una calle de la ciudad de Buenos Aires.

Aparentemente, estos casos parecen no tener relación. Sin embargo, tienen un punto en común: el comportamiento de los agentes de policía que detuvieron a ambas personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su sentencia del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, del 1 de septiembre de 2020, estableció que ambas detenciones fueron ilegales.

Tanto en la citada sentencia como en el Informe No. 129/17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se exponen el contexto, los hechos y las razones jurídicas de porqué esas actuaciones policiales representaron detenciones ilegales y la violación de varios derechos fundamentales y garantías procesales de los detenidos.

La importancia del contexto reside en que ambas detenciones se enmarcaron en un “contexto general de detenciones y requisas arbitrarias”, como señala la citada sentencia en su página 12, y como reconoció el propio Estado argentino. Esta situación había sido denunciada previamente por las organizaciones de derechos humanos tiempo atrás (CIDH 2017). Además, en ambas detenciones los agentes de policía señalaron como única base para la detención la “actitud sospechosa” de los detenidos. La Defensoría General de la Nación recalca esta motivación puesto que las detenciones no se realizaron con una orden judicial ni bajo flagrancia delictiva, que son los dos principales supuestos que la habilitan, sino únicamente en base a lo que los agentes de policía consideraron “sospechoso” (CIDH 2017). En un primer momento, el Estado argentino se agarró a esta base para concluir que las detenciones

habían sido justificadas, aunque posteriormente, como se señala en la sentencia, reconoció la ilegalidad de las detenciones (CIDH 2017; Corte IDH 2020).

Más allá del razonamiento jurídico que sustenta el caso, puede ser interesante realizar un análisis criminológico de sus aspectos más salientes. Por ello, el objetivo de este texto es tomar algunos de los aspectos clave de las actitudes y actuaciones policiales para exponer cómo estas son vistas desde los estudios sociológicos y criminológicos sobre la policía.

A tal fin, se tomará como referencia principal el libro seminal de Jerome H. Skolnick (2011) *Justice Without Trial* se complementará con otros trabajos criminológicos. En este libro Skolnick recoge sus investigaciones sobre varios cuerpos de policía de Estados Unidos afrontando temas como la discrecionalidad, la cultura policial o el papel de la policía en una sociedad democrática. Pese a que fue escrito hace más de 50 años, revisarlo pone de relieve la importancia y la actualidad de su estudio, como se intentará demostrar en lo que sigue.

Este texto se estructura en cuatro apartados. En cada uno de ellos se aborda una cuestión recogida en el informe de la CIDH (2017) y la sentencia de la Corte IDH (2020). Específicamente, estas cuestiones son: la discrecionalidad policial, los criterios de sospecha que guían a los agentes de policía, la discriminación en la actuación policial y la supervisión judicial de esta.

II. La fina línea entre la discrecionalidad necesaria¹ y la arbitrariedad inaceptable

En la página 12 de la sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) se hace eco de un informe que señala que existen “amplias facultades de la policía para privar a las personas de libertad sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito o para verificar la identidad”.

Las bases de la discrecionalidad policial y el peligro de que esta discrecionalidad derive en arbitrariedad residen, según Skolnick (2011), en la propia concepción del trabajo en una sociedad democrática. En este sentido, (2011, 211) considera que los agentes de policía son:

[...] funcionarios cuyas tendencias a la arbitrariedad tienen sus raíces en una concepción de la libertad del trabajador heredada de la ideología no totalitaria de la relación entre el trabajo y la autoridad, una concepción llevada a cabo en el contexto del trabajo policial. Viéndose a sí mismos como artesanos, los policías tienden a comportarse según las normas propias de la burocracia la-

1 Skolnick (2011, 65) señala que aunque la mayoría de los debates jurídicos se centran en discutir si la policía tenía autorización para tomar una decisión concreta, es interesante considerar los problemas que existen con la discrecionalidad incluso cuando esta es autorizada.

boral en una sociedad democrática. Por lo tanto, cuanto más tiende la policía a considerarse a sí misma como artesana, más exige que no se limite la iniciativa, Por el contrario, los actores jurídicos entienden que hay una necesidad de limitación y supervisión.

Es decir, siguiendo a Skolnick (2011) existe un dilema en las sociedades democráticas respecto a la policía. La discrecionalidad es un elemento ligado a la concepción democrática del trabajo (que se relaciona con la autonomía, la flexibilidad, la creatividad, etc.); sin embargo, en el caso del trabajo policial esta discrecionalidad se debe restringir para evitar la arbitrariedad.

Además de estar ligada a una concepción no totalitaria del trabajo, la discrecionalidad es inevitable. Skolnick (2011, 65) identifica dos tipos de discrecionalidad: la delegada, aquella que se le ha concedido legalmente², y la no autorizada, la que ejerce pero para la que no tiene autoridad. El autor (2011, 66) afirma que es imposible eliminar espacios de discrecionalidad en la actuación de la policía³, que incluso en los casos de discrecionalidad delegada existe complejidad en las decisiones que se toman y que se depende enteramente del compromiso de los agentes por utilizar criterios justos.

Torrente (1997, 70-71) expone cuatro razones por las que la discrecionalidad policial es inevitable. En primer lugar, es imposible detectar todas las infracciones. Esto implica que se debe “elegir” qué infracciones se van a perseguir. En segundo lugar, las leyes no se aplican de forma automática, requieren interpretación para aplicarse. La normativa no puede prever detalladamente el amplio abanico de situaciones en las que se demanda la intervención de la policía. En tercer lugar, la policía puede utilizar determinadas infracciones como fuente de información para otras. Por último, la aplicación estricta de la ley, es decir perseguir cualquier posible infracción con mecanismos formales, nos llevaría a una sociedad muy rígida.

La discrecionalidad policial está relacionada también con la búsqueda de autonomía de la policía respecto al resto de poderes del Estado⁴. Tomando como conjunto el aparato penal (incluyendo a los fiscales o los jueces), se podría afirmar que la policía es el actor que tiene más autonomía. Para Zaffaroni (2012, 307) los jueces no

2 En este punto cabe señalar que en muchas ocasiones las leyes que deberían restringir el abanico de posibilidades de actuación de la policía son normalmente ambiguas. Al respecto, Skolnick (2011, 10) señala que “cuando las normas de restricción son ambiguas, refuerzan la misma conducta que pretenden restringir”.

3 Skolnick (2011, 67) pone el ejemplo de las infracciones de aparcamiento. En principio en estos casos la justicia debería actuar casi de forma automatizada. Si el contador indica que una persona ha superado el tiempo permitido de aparcamiento se le impone una sanción. Pero si el conductor llega justo en el momento en el que se ha superado el tiempo existe una posibilidad de “negociar” la sanción con el agente pese a que la infracción ya está cometida.

4 Cosa que en América Latina ha conseguido, según Zaffaroni (2012, 341).

hacen más que decidir en aquellos casos que ponen en funcionamiento los agentes de policía. En un sentido similar, Skolnick (2011, 12) afirma que los policías actúan en la práctica como interpretadores del Derecho penal y definen la legalidad operativa del sistema penal.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que la actividad policial constituye la menos visible de la de por sí poco visible actividad del sistema penal. Es decir, la discrecionalidad policial se da en espacios de baja visibilidad, quedando esta mayoritariamente escondida (Reiner 2010, 210; Skolnick 2011, 210). Estos espacios de baja visibilidad, donde normalmente opera la policía, ofrecen oportunidades para que la discrecionalidad se transforme en arbitrariedad (Skolnick 2011, 12).

III. El olfato policial: los criterios de sospecha para realizar una detención

Uno de los aspectos menos regulados de la legislación policial, y que es una cuestión discutida en el caso que nos ocupa, son los criterios que fundamentan una sospecha razonable a la hora de emprender una actuación policial. Como estos criterios no están suficientemente regulados, los agentes de policía desarrollan una serie de criterios intuitivos, que es lo que se ha venido conceptualizando en la literatura criminológica como “olfato policial”. Esta expresión bien puede ser definida a partir de lo que se afirma en la sentencia de la Corte IDH (2020, 28) en el siguiente párrafo:

[...] ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad.

Para hablar del olfato policial, o de estos criterios “intuitivos” que guían la sospecha de los agentes de policía, es pertinente establecer en qué contexto se desarrolla este “olfato”. El trabajo policial envuelve tres elementos fundamentales: el peligro, la autoridad y la presión por resultados, característicos de lo que Skolnick (2011) denomina “personalidad laboral del policía”, que después pasó a denominarse como cultura policial. El elemento de peligro, derivado del propio entrenamiento de la policía y de la percepción de estar expuesto constantemente a diferentes formas de desorden, convierte a los agentes de policía en especialmente sensibles a cualquier potencial señal de violencia o delito, cualquier hecho que se escape de lo que ellos consideran como “normal”. En línea con Skolnick, Reiner (2010, 121) manifiesta que la sospecha es una actitud característica de los agentes de policía. Es un producto de la constante necesidad de identificar señales de peligro. Para ello desarrollan mapas cognitivos, en forma de estereotipos que permiten clasificar situaciones y personas como “normales” y “sospechosas”, categorías que se relacionan con la estructura de poder en la sociedad.

Para ejemplificar estos mapas cognitivos sirve muy bien lo que se establece en la sentencia respecto a la detención del señor Tumbeiro. Según la Corte (2020, 27):

[...] el señor Tumbeiro fue detenido para que se identificara en virtud de tres hechos: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir percibido por los agentes como propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material ‘totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños’. [...] El Tribunal considera que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitan a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer un hecho delictivo o contravenacional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar.

Esta justificación se utiliza de forma tan habitual por parte de la policía que incluso se ha desarrollado una hipótesis específica (*out of place* o *incongruity thesis*) para intentar entender porqué determinadas personas llaman más probablemente la atención de los agentes. Esta hipótesis propone que la policía focalizará su atención en aquellas personas que no encajan en lo que es predecible en el ambiente inmediato (Renauer 2012, 221). Por ejemplo, personas negras en barrios mayoritariamente blancos o personas vestidas con prendas que los policías no asocian a la clase social de ese barrio, como en el caso del señor Tumbeiro.

Algunas investigaciones (por ejemplo, Fagan y Geller 2015; o Quinton 2011) han intentado entender los criterios concretos que guían la decisión de los agentes de actuar sobre determinadas personas. Las conclusiones apuntan a que estos criterios-el “olfato policial”- están envueltos de aspectos simbólicos y generalizaciones respecto a lo que se asume como “esperado” o “respetable”. Algunas de las características que según estas investigaciones citadas provocan mayor sospecha en los agentes de policía son: ser adolescente e ir en grupo; la vestimenta y las características físicas (sobre todo aquellas vinculadas con grupos étnicos/raciales minoritarios, como el color de la piel); y comportamientos como evitar a la policía o estar nervioso.

IV. Del estereotipo a la discriminación en la actuación policial

El potencial peligro de un “olfato policial” impregnado de estereotipos es que estos se transformen en prejuicios y den lugar a actuaciones discriminatorias (Skolnick 2011, 42; Zaffaroni 2012, 98). La propia sentencia del caso (Corte IDH, 28) advierte este peligro afirmando:

Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se for-

mulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socioeconómico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

El prejuicio o sesgo del trabajo policial que se ha puesto más en evidencia a través de la investigación criminológica es el sesgo racial. Aunque no es el único: por ejemplo, varios autores también apuntan a los jóvenes de clase trabajadora como un grupo sobre el que la policía tiene unas ideas sesgadas sobre su potencial peligrosidad (Quinton 2011; o Reiner 2010).

En su trabajo, Skolnick (2011, 73-76) señala cómo los agentes de policía tienen prejuicios sobre las personas afroamericanas y demuestran, abiertamente y en general, una actitud negativa hacia este colectivo. Sin embargo, los agentes no admiten tener sesgos. Decir que su visión es sesgada supone para ellos una acusación, más que una descripción. Para ellos, sus actitudes hacia colectivos racializados no son “sesgos” sino que tienen una base racional producto de su trabajo. Además señalan que su actitud hacia estos colectivos no es diferente a la del resto de la población, quizá es solo más explícita.

Reiner (2010, 129) también señala el prejuicio racial como uno de los componentes principales de la mayoría de estudios sobre la cultura policial. Para el autor, este sesgo se deriva del racismo que existe en la sociedad en general y que coloca a las personas migrantes, pertenecientes a minorías étnicas o racializadas, en los puestos menos privilegiados de la jerarquía social y con estilos de vida más expuestos en el espacio público, que es donde actúa principalmente la policía (Reiner 2010, 131).

Si unimos el amplio y poco visible espacio de discrecionalidad que tiene la policía con un olfato policial impregnado de sesgos es más fácil entenderlos comportamientos discriminatorios policiales (Skolnick 2011, 76). Algo que también parece entender la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020, 28) cuando afirma que “el empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias”.

Por último, es imprescindible tratar el tema de la utilización de perfiles por parte de la policía como una prolongación de lo referido sobre los mapas cognitivos, estereotipos y prejuicios. El uso de perfiles en la actuación policial, en el que se enmarca el perfil étnico/racial como materialización del sesgo racial antes mencionado, está relacionado con la adopción de prácticas actuariales en el trabajo policial (Brandariz 2016). Dirigir la actuación de la policía a través de perfiles además de producir potencialmente prácticas discriminatorias puede tener otras consecuencias negativas. Según Harcourt (2004) la utilización de perfiles en la investigación policial puede producir lo que denomina como *ratchet effect*. Este efecto ocurre cuando, como consecuencia de una mayor atención policial en base a determinados perfiles de investigación, un colectivo acaba sobrerrepresentado en los mecanismos del sis-

tema penal respecto a la proporción de personas de ese colectivo que efectivamente han cometido una infracción.

En el caso que nos ocupa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020, 28) se pronuncia sobre el uso de perfiles por parte de la policía. La Corte dispone que el uso de estos perfiles en la investigación policial atenta contra el principio de presunción de inocencia, pues la policía asume la culpabilidad de toda persona que encaje en los perfiles utilizados sin realizar una evaluación individual sobre evidencias objetivas.

V. ¿Quién vigila a los vigilantes? Importancia del control judicial de la actuación policial

Tanto el caso del señor Carlos Fernández Prieto como el caso del señor Carlos Tumbeiro ponen de manifiesto la importancia de un correcto control judicial de la actuación policial.

En el primer caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020, 26) advierte que las diferentes sentencias de los tribunales argentinos justificaron la actuación policial en base a razones de eficacia en la prevención del delito sin entrar a evaluar si la detención se enmarcaba en los supuestos en los que la ley habilita realizar una detención sin orden judicial. De forma similar, en el segundo caso, la Corte (2020, 29) afirma que los tribunales internos se basaron en consideraciones consecuencialistas para considerar que la detención fue legal. Es decir, en ninguno de los dos casos los tribunales argentinos entraron a considerar si las detenciones cumplían los requisitos habilitantes de una detención sin orden judicial y justificaron estas actuaciones en base a sus resultados.

La necesidad del control de la actuación policial se fundamenta según Goldstein (1967, 161) en:

El alto valor que nuestra sociedad otorga a los derechos individuales requiere que no sólo haya limitaciones en la autoridad ejercida por las agencias gubernamentales, sino que haya controles efectivos para asegurar que dicho poder no se exceda o abuse. La necesidad de controles es especialmente aguda en lo que respecta a la policía, ya que su autoridad -para arrestar, detener, registrar y utilizar la fuerza- es única entre los poderes gubernamentales por el grado de perturbación de la libertad, la invasión de la privacidad y el impacto repentino y directo sobre el individuo.

Precisamente porque la policía cuenta con unos poderes especiales requiere de un mayor monitoreo de su actividad, tanto de forma interna como externa. Además, como se ha señalado anteriormente, deben tenerse en cuenta los espacios donde la policía ejerce sus poderes caracterizados por la discrecionalidad y la baja visibilidad. Un control que debe hacerse de forma preventiva, por ejemplo mediante el establecimiento de requisitos legales detallados que reducen la discrecionalidad en el uso de medios

excepcionales, pero también de forma retrospectiva para corregir malas prácticas o prácticas ilegales, donde toma relevancia especial el papel de jueces y tribunales.

Sin embargo, existen importantes limitaciones para que este control sea realmente efectivo. La primera limitación es que la policía es reticente a cualquier tipo de control externo. La segunda es que es especialmente reticente al control de los jueces. Los policías no entienden qué tiene que decir un juez, que no tiene el mismo conocimiento experto que ellos en temas de seguridad, sobre sus actuaciones (Skolnick 2011, 202). En tercer lugar, el control desde el exterior no tiene la capacidad material y efectiva de monitorear a toda la organización policial. Por último, el control judicial requiere pruebas sólidas y, por las características del contexto donde actúa la policía antes mencionadas (poca visibilidad), en muy pocas ocasiones se puede contar con ellas (Goldstein 1967).

Además, una tendencia que se ha visto en posteriores investigaciones, en Estados Unidos principalmente, es que existe una (sobre) deferencia de la judicatura por la policía, una tendencia de los jueces y fiscales a aceptar la versión policial, porque esta proviene de profesionales entrenados y experimentados en temas de criminalidad. Esto tiene lugar, por ejemplo, cuando los agentes de policía que testifican en un juicio se convierten de forma generalizada en testigos “expertos”. Este testimonio “cualificado” incluye tanto la reconstrucción de los hechos como la opinión “experta” del agente de policía (Friedman 2017; Lvovsky 2017).

Esta deferencia está relacionada con motivos instrumentales y estructurales. En cuanto a los motivos instrumentales, entre ellos encontramos presiones políticas para no obstaculizar el trabajo de la policía o para preservar unas relaciones estables entre los actores del sistema judicial. También se pueden observar motivos estructurales. Por ejemplo, el movimiento de profesionalización de la policía, un movimiento que quería ensalzar la figura del policía como experto, mantuvo relaciones cercanas con la judicatura norteamericana, lo que ayudo a que estos últimos fueran influidos por las ideas de los primeros (Friedman 2017; Lvovsky 2017).

Existen dos problemas respecto a esta (sobre) deferencia. En primer lugar, gran parte de la investigación en ciencias sociales pone en tela de juicio la supuesta “competencia” policial en materia de criminalidad (ver por ejemplo, de forma general, los mencionados trabajos de Reiner 2010 o Skolnick 2011). En segundo lugar, esta deferencia produce otra serie de sesgos estructurales que se acumulan a lo largo del procedimiento penal e influyen incluso en la regulación y la política criminal (Lvovsky 2017).

A diferencia de Lvovsky (2017), para la que esta deferencia está basada en un sesgo inconsciente de los jueces, para Friedman (2017) la deferencia de los jueces hacia la policía podría reflejar una elección consciente y racional. Según este autor, los peligros de esta sobreconsideración son dos. En primer lugar, que está basada en un sesgo estructural de selección, ya que los jueces no observan los falsos positivos, es decir los casos en los que la policía está equivocada (las personas identificadas,

cacheadas, detenidas, etc. para las que no se ha encontrado evidencia inculpatória alguna). Y, en segundo lugar, que esta deferencia se ha traspasado al público y ha causado una aceptación acrítica de un mayor control policial.

VI. El conflicto entre la ley y el orden

Pese al uso común del concepto “ley y orden” para significar un acercamiento punitivo a la delincuencia, Skolnick (2011) señala que ese uso es una simplificación porque en la relación entre los dos conceptos se esconde el problema principal de la policía. Aunque la “ley” sea diseñada y utilizada frecuentemente como herramienta para mantener el orden, sobre todo en el Derecho penal, la ley también es, o debiera ser, una limitación al ejercicio del mantenimiento del orden. El principio de legalidad, base fundamental del Estado de derecho, tiene como principal cometido reducir la arbitrariedad de quien realiza las leyes y de quien tiene que aplicarlas (Skolnick 2011, 7). En palabras de Skolnick (2011, 8): “[...] ‘ley’ y ‘orden’ están frecuentemente en oposición, porque el derecho implica restricciones racionales en las normas y procedimientos utilizados para conseguir el orden”. Entonces, el trabajo de la policía implicaría mantener el orden conforme a la ley (y, no tanto, utilizar la ley para mantener el orden). Esto conlleva poner el foco en los procedimientos, respetar unos estándares y no buscar el orden a través de la amenaza de la coerción. En suma, subordinar la búsqueda de conformidad y regularidad social al ideal de legalidad.

Una detención ilegal es uno de los mejores ejemplos donde se materializa el conflicto entre la ley y el orden: la policía detiene a una persona para cumplir sus funciones de mantenimiento del orden sin respetar las garantías establecidas en la ley. Se puede observar en estos casos cómo la policía entiende que su fin, “el orden”, está por encima de los medios, “la ley”. Para los agentes de policía los estándares del “proceso debido” son obstáculos a su opinión experta y una frustración de los fines de las leyes penales (Skolnick, 2011: 181).

Este conflicto también se pone de manifiesto en la sentencia del caso cuando la Corte (2020, 23) establece que:

La Corte ha sostenido que la libertad y la seguridad personal constituyen garantías para la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. De esta forma, si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber de aplicar en todo momento procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

Una de las cuestiones fundamentales en la actualidad es la búsqueda de soluciones a este conflicto mediante reformas policiales. Sin embargo, para Skolnick (2011) y para otros autores como Reiner (2010), el planteamiento de las reformas policiales suele partir de una posición equivocada. Según Skolnick (2011, 4) las reformas

policiales tienden a buscar mejorar la calidad o eficiencia del personal policial, sin reconocer que la conducta de los agentes de policía está fuertemente condicionada por el carácter y las funciones de la propia institución. Es decir, difícilmente se puede cambiar la conducta policial sin cambiar las funciones que tienen la policía y los poderes que se le otorgan para cumplir con ellas.

El conflicto entre la ley y el orden, según Skolnick (2011), es un conflicto dialéctico, y por lo tanto difícilmente salvable. Para empezar, no hay consenso ni en cuáles son los estándares legales de un Estado de derecho ni consenso social en torno a la idea de orden. Y, además, existen elementos propios de la policía que dificultan el sometimiento a la legalidad de la conducta policial⁵. Sin embargo, Skolnick (2011, 16-17) señala cuál debe ser el punto de partida de una policía en una sociedad democrática: la aplicación de las leyes penales en una sociedad democrática debería implicar que la policía además de mantener el orden debe preservar el Estado de derecho y, por lo tanto, someter su actuación a este. La policía no debe utilizar la ley solo como una herramienta de mantenimiento del orden o como una herramienta “educativa”, propia de los Estados totalitarios. El peligro de que la ley sea vista solo como un instrumento (y no como un fin) es que la intervención de la policía y el castigo dejan de ser percibidos como la *última ratio*.

En suma, se trata de que el control social formal no esté solo dirigido al mantenimiento del orden por cualquier medio, sino a la calidad de ese “orden” y a los medios apropiados para conseguirlo (Skolnick 2011, 207).

VII. Referencias

Brandariz, José Ángel. 2016. *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson, S. L.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. *Informe No. 129/17*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12315FondoEs.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020. Sentencia del caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf

Fagan, Jeffrey A. y Geller, Amanda. 2015. “Following the Script: Narratives of Suspicion in Terry Stops in Street Policing”. *The University of Chicago Law Review*, 82(1): 51–88.

Friedman, Barry. 2017. “Response: Why do courts defer to cops?” *Harvard Law Review Forum*, 130: 323-331.

5 Estos elementos son, por ejemplo, la relación entre el ambiente laboral, la cultura policial y el Estado de derecho; la posición de los agentes como autoridad; la socialización policial y el sesgo administrativo; la presión por ser eficiente antes que “legal”; y las oportunidades para variar su comportamiento dada la baja visibilidad de su trabajo (Skolnick 2011).

- Goldstein, Herman. 1967. "Administrative problems in controlling the exercise of police authority". *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 58 (2): 160-172.
- Harcourt, Bernard E. 2004. "Rethinking Racial Profiling: A Critique of the Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature, and of Criminal Profiling More Generally". *The University of Chicago Law Review*, 71(4): 1275-1381.
- Lvovsky, Anna. 2017. "The judicial presumption of police expertise". *Harvard Law Review*, 130(8): 1995-2081.
- Quinton, Paul. 2011. "The formation of suspicions: police stop and search practices in England and Wales". *Policing and Society*, 21(4): 357-368.
- Reiner, Robert. 2010. *The Politics of the Police* (4th edition). Oxford: Oxford University Press.
- Renauer, Brian C. 2012. "Neighborhood Variation in Police Stops and Searches: A Test of Consensus and Conflict Perspectives". *Police Quarterly*, 15 (3): 219-240.
- Skolnick, Jerome H. 2011. *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society* (4th edition). New Orleans: Quid Pro.
- Torrente, Diego. 1997. *La sociedad policial: poder, trabajo y cultura en una organización local de policía*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas y Universidad de Barcelona.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2012. *La cuestión criminal* (2ª edición). Buenos Aires: Planeta.

SECCIÓN IV

Palabras expertas

María Mercedes Gómez

Profesora asociada del departamento de criminología y del programa de estudios de mujer y género de la Universidad de Saint Mary en Halifax, Canadá. Cofundadora de la Red de Académica/os Latinoamericana (RED ALAS), <https://www.redalas.net>. E-mail: maria.gomez@smu.ca

A propósito de las detenciones arbitrarias: prevención, discrecionalidad policial y prejuicio¹

Me preparo para escribir este texto entre junio y julio del 2021, mientras en Colombia se viven manifestaciones ciudadanas de resistencia y exigencia de transformación de desigualdades estructurales, exacerbadas por la pandemia del COVID-19² y marcadas por la reacción brutal de la fuerza pública. Durante el paro nacional, desde el 28 de abril hasta el 28 de junio, la Organización *Temblores* (2021) reportó 2005 detenciones arbitrarias, 44 muertes en que se presume que el victimario fue un agente de la fuerza pública, además de otros abusos. Menciono esta situación como un reconocimiento a las víctimas y a los espacios de resistencia que se han generado en Colombia, y como una denuncia de los abusos de la fuerza pública. Pero también para señalar que el abuso policial y las detenciones ilegales y arbitrarias no son excepcionales ni exclusivas de contextos de protesta, ni en Colombia ni en otros países de la región. Por el contrario, ellas son una práctica naturalizada, es decir, que ocurre a diario, es tolerada o hace parte de las expectativas de amplios grupos sociales como un componente necesario para la preservación del ‘orden público’. Estas prácticas ilegales y arbitrarias, sin embargo, suelen estar destinadas a la vigilancia y criminalización de ciertos grupos sociales y de ciertos cuerpos que

1 Agradezco a Paola Patricia Pereira Ortiz por su juicioso trabajo editorial.

2 El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) reportó que en 2020 el índice de pobreza en el país aumentó al 42.5 % de la población, esto es, 6.8 % más que en el 2019. Así, 3.6 millones de personas ingresaron a la pobreza monetaria en 2020 y el número nacional es ahora de 21.01 millones de pobres. Aún más dramático, la pobreza extrema llegó a 15.1 % de la población, esto es, 5.5 % más que el año anterior, lo que significa que 2.7 millones de personas entraron en pobreza extrema y ahora el número nacional es de 7.47 millones de personas en máxima precariedad. (DANE, 2020).

son estigmatizados y puestos de forma permanente ‘bajo sospecha’³. No tenemos noticias de detenciones ilegales o arbitrarias de individuos poderosos a ningún nivel. Con excepción de algunas personas detenidas en protestas sociales o por razones políticas, las víctimas de las detenciones arbitrarias son lxs ciudadanxs de a pie. Una campaña que ha exacerbado por décadas estos abusos de la fuerza pública en la región ha sido la llamada “guerra contra las drogas”. Promovida por Estados Unidos en la era Nixon, la padecemos, heredamos y extendimos para perseguir y criminalizar la pobreza y los cuerpos racializados en América Latina⁴. No en vano las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron bajo la sospecha de posesión de sustancias prohibidas, porque sus actitudes y presencias fueron percibidas como desordenando el espacio público. Así mismo, los cuerpos desordenados por excelencia son aquellos percibidos por la policía desafiando las normas de la orientación sexual y el género. Por ejemplo, Azul Rojas Marín en Perú, de alguna manera, Vicky Hernández y sus compañeras en Honduras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado sobre las violaciones al derecho a la libertad personal y, en particular, a la gravedad de las detenciones ilegales y arbitrarias en múltiples decisiones, entre las más recientes está el caso que nos ocupa⁵, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* (Corte IDH, sentencia del 01/09/2020) (en adelante *Fernández Prieto y Tumbeiro*). Lo que vemos, sin embargo, en varios países de las Américas, incluidos Canadá y Estados Unidos, es la proliferación de las detenciones sin orden judicial o investigación previa, por lo general con fines de identificación, sobre miembros de comunidades vulnerables y, unido a ello, un serio problema de impunidad⁶.

3 Desde Walter Benjamin (1991) hasta las críticas (Thompson, 2015) a la teoría de las ventanas rotas (Wilson y Kelling, 1982) se ha dejado claro cómo son los grupos vulnerables los principales blancos de estas prácticas.

4 Para un análisis del efecto de la política de drogas en América Latina, ver WOLA (2021).

5 Para un resumen de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho a la libertad personal ver: Corte IDH. 2020. *Libertad personal*, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8, San José: Corte IDH, Cooperación Alemana GIZ. Entre los casos más recientes que tratan el tema de las detenciones arbitrarias están: Corte IDH, *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, sentencia del 12/03/2020 (Fondo); Corte IDH, *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*, sentencia del 31/08/2020 (Fondo); y el que nos ocupa: Corte IDH *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo).

6 Por ejemplo, en Halifax, Canadá, un reporte del 2019 sobre los llamados ‘*police street checks*’ demostró que una persona afrodescendiente tiene un 6 % más posibilidades de ser sometida a estas prácticas, por lo general arbitrarias, que una persona blanca. Ver: Wortley (2019). En la sentencia de Fernández Prieto y Tumbeiro la Corte IDH citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto similar: Caso *Gillan y Quinton vs. Reino Unido*, sentencia del 12/01/2010 (Final). Este caso define la sospecha razonable.

Fernández Prieto y Tumbeiro es un caso paradigmático de este tipo de abusos, entre otras razones porque nos enfrenta, desde el ámbito complejo del sistema regional de derechos humanos, a un hecho simple y llano: la acción *ordinaria* de los agentes del Estado, en este caso las detenciones, puede y suele marcar el destino de una persona y su familia. Y qué decir cuando este poder performativo del Estado se ejerce a través de sus agentes del “orden” de manera ilegal y arbitraria. Un prejuicio actuado desde el poder, y que se pudo y puede cambiar, les hizo *la vida* a estas personas. No fue una circunstancia pasajera, ni un número más, fue “el resto de su vida” definida en un instante poderoso y abrumador. Un instante que se tomó veintiocho años en ser atendido, y cuyo reconocimiento tardío, la vuelta de tuerca, llegó por supuesto tarde, pues las víctimas directas ya habían fallecido cuando se produjo el reconocimiento internacional de la responsabilidad del Estado argentino en este hacer⁷. Ahora bien, con frecuencia olvidamos enfatizar, entre la filigrana de nuestros análisis, que en últimas hablamos de eventos que definen la existencia de las personas, de interpelaciones que producen sujetos con todas las consecuencias materiales y simbólicas de esta acción. Una de las funciones más entrañables de la Corte regional en la audiencia pública⁸ fue recordarnos lo humano de los derechos. Así pues, la decisión de la Corte Interamericana en *Fernández Prieto y Tumbeiro* nos provee de una bitácora para explorar las operaciones del prejuicio en las detenciones con fines preventivos y sin orden judicial ni flagrancia. Esta decisión es inspiradora a la hora de considerar cómo la práctica de detener a las personas sin orden judicial puede entenderse por lo menos en dos escenarios de la función policial de prevención. En un primer caso, si la prevención se entiende a partir de las teorías de la ley y el orden, por ejemplo, en el contexto de la llamada ‘guerra contra las drogas’, el ejercicio de una discrecionalidad policial amplia parece inevitable. En el otro escenario, es decir, cuando la prevención se entiende como un proceso para identificar y transformar las condiciones de discriminación estructural de las comunidades vulnerables, la policía y su función discrecional serían sustancialmente limitadas, serían excepcionales o innecesarias. En otras palabras, en un contexto social, político y económico que aspira y trabaja por la participación, la inclusión y la equidad, el derecho penal y sus agentes serían la *última ratio* para responder a los conflictos sociales. Y aún en ese papel mínimo, tendría que ejercerse con todas las garantías para lxs ciudadanxs.

La pregunta es, entonces, ¿es posible reconciliar la función policial preventiva del delito, que puede implicar detenciones sin orden judicial, con el respeto a los derechos y garantías de lxs ciudadanxs? Por un lado, hemos de centrar la discusión en aquellos elementos que hacen a ciertas poblaciones vulnerables a la criminalización

7 El señor Fernández Prieto falleció en 2020 y el señor Tumbeiro en 2014.

8 Corte IDH, Audiencia pública *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, del 01/03/2020.

y, por otro, hemos de mostrar cómo esa criminalización es constitutiva de la supervivencia de la función policial en ciertos contextos.

Mis argumentos apuntan a mostrar que la discrecionalidad policial, es decir, el cálculo⁹, el ejercicio lógico que ella implica está alimentado por las estructuras hegemónicas del orden social o institucional en que se da, incluida la mirada de los jueces. En ese sentido, la discrecionalidad, al menos la que parece o es inevitable en la prevención del delito, no es la fuente principal del problema de la arbitrariedad sino el síntoma de prácticas y patrones prejuiciados que le preceden y le otorgan significado.

1. El Contexto: ¿Qué historias nos cuenta el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro*?

En la década de los noventa, existían en Argentina normativas que le otorgaban poder a la policía para detener sin orden judicial cuando existieran “indicios vehementes de culpabilidad y existiera peligro de fuga u obstaculización” (Código Procesal Penal argentino, art. 284, numeral 3)¹⁰. Estas normativas dieron lugar a detenciones tanto ilegales como arbitrarias¹¹. Ilegales porque fallaban en establecer con claridad los indicios vehementes de culpabilidad, y arbitrarias porque la ausencia de indicios claros de culpabilidad era disfrazada con motivos infundados basados en “el olfato policial”. El tal “olfato policial” cubría actuaciones policiales sin control judicial previo y con muy reducido control posterior, era incentivado en narrativas de seguridad pública y con el objetivo de

9 La noción de ‘racionalidad’ en la teoría criminológica de la escogencia racional, *more* hobbsiano, se define como la habilidad de calcular los pros y los contras de una acción. Esta teoría es central para las políticas de la ley y el orden que creen en la mano dura con los delitos menores y promueven la cárcel como la mejor herramienta de prevención. Por eso, para quienes defienden esta aproximación, si el cálculo racional es propio de quien quiere cometer un delito, también ha de serlo de quien está en posición de predecir la ofensa, es decir la policía. En ese sentido es que la discrecionalidad es concomitante con estas políticas de prevención.

10 Cfr. CIDH. *Fernández Prieto y Tumbeiro*, Argentina, informe de fondo del 25/10/2017.

11 Los estándares de la Corte IDH sobre violación de la libertad personal que refieren a detenciones ilegales establecen que “...nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”. En el mismo caso, la Corte establece que con las detenciones arbitrarias “se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad” (Corte IDH, *Grangaram vs. Surinam*, sentencia del 21/01/1994 (Fondo), párr. 47, citado en Corte IDH, *libertad personal*, ver nota 5).

“averiguación de identidad”¹². En ese contexto se dieron los casos de Alberto Fernández Prieto (1992) y Carlos Alejandro Tumbeiro (1998). Este tipo de prácticas generaron reacciones en organizaciones civiles nacionales e internacionales. No en vano, el fantasma de la dictadura militar y sus horrores afinan y alertan las percepciones civiles sobre las prácticas de vigilancia estatal, formales o informales. En 2003, en el caso *Bulacio vs. Argentina*, la Corte IDH determinó que entre 1991 y 2003, la policía habría realizado recurrentes detenciones sin orden judicial ni flagrancia, considerándolas técnicas de intervención del espacio público y justificándolas al nombrar acciones como “merodear”, “deambular” y “mirar vidrieras” como actividades sospechosas¹³.

También el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas (ONU-GTDA) realizó visitas a Argentina, una en 2003 y otra en 2017. En la primera ratificó que después del retorno a la democracia se hacían detenciones con tres fines: por razones de orden público, para controles de identidad y como averiguación de antecedentes en personas que se creía iban a cometer un delito¹⁴. Otra de las observaciones del ONU-GTDA en esa visita fue la práctica recurrente de “procedimientos policiales fraguados”, es decir, de simular situaciones en las que presuntamente se iba a cometer un delito y así detener personas inocentes para mostrar la eficaz intervención de la policía para prevenirlo. Esta práctica se ejerció sobre poblaciones vulnerables y sin recursos para defenderse frente a la fuerza estatal, “desocupados”, “mendigos” inmigrantes *ilegales*¹⁵, personas con antecedentes¹⁶. El informe recomienda supervisión y sanción a las acciones de los agentes de policía que muestren comportamientos prejuiciados, y nombra entre ellos comportamientos xenófobos, racistas y homofóbicos¹⁷. En la visita del 2017, el grupo de trabajo

12 Ver Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 26.

13 *Ibidem*, párr. 27.

14 *Ibidem*, párr. 28.

15 El adjetivo “ilegales” es textual en referencia al reporte. Prefiero la expresión “migrante” que evita, al menos en los términos, la criminalización directa. Por eso pongo la palabra ‘ilegales’ en *italicas*. Ver: ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párrs. 47 y 48, citado en Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 29.

16 Estas prácticas fueron comunes en Colombia bajo las políticas de seguridad democrática del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2008). La Jurisdicción Especial para La Paz (JEP) en su caso 03 ha reconocido 6042 casos de asesinatos extrajudiciales por parte de miembros de las fuerzas armadas durante el conflicto interno. Conocidos como ‘falsos positivos’, las víctimas eran personas de grupos vulnerables que eran secuestradas y asesinadas por los militares y reportadas luego como “bajas en combate”. Ver: JEP (2021).

17 Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 29.

de la ONU (GTDA) verificó, una vez más, las amplias facultades policiales, la discrecionalidad, para arrestar personas sólo por la mera sospecha de que podrían haber cometido un delito o para comprobar identidad. Es interesante registrar que en esta ocasión el grupo de trabajo hizo explícito el riesgo de discriminación en que estaban las personas migrantes¹⁸, indígenas, lesbianas, gais, bisexuales, personas transgénero e intersexuales¹⁹. Es decir, incluyó algunos prejuicios “*at work*” diferentes de los nombrados de forma explícita en 2003. En 2010 y 2016, el Comité de Derechos Humanos de la ONU había reiterado su preocupación por la persistencia de normativas que autorizaban la detención de personas sin orden judicial y sin flagrancia y con el único motivo de averiguar su identidad²⁰. Así también la perita, Dra. Sofía Tiscornia, en la audiencia pública de marzo de 2020, ratificó que estos abusos aún suceden y de manera frecuente, es decir, no son casos aislados²¹.

Las acciones y reacciones de las organizaciones internacionales de derechos humanos, concienzudas y en pleno ejercicio de sus mandatos, no parecen haber sido muy eficaces para transformar la situación. En 2012, un organismo de control como es la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires también recalcó el carácter automático de la figura de averiguación de identidad²².

Pero es en los casos de Fernández Prieto (1992) y de Tumbeiro (1998), en particular, en donde el rol de la Defensoría del Pueblo de la Nación (1999, 2003, 2020) se hace palpable en las peticiones a la Comisión Interamericana (CIDH) y se enfrenta con las demoras del sistema. La Comisión emitió el informe de fondo en 2017, el Estado no respondió a las recomendaciones, con lo cual la Comisión lo llevó a la Corte. El caso fue aceptado y la Corte IDH lo decidió en septiembre de 2020. En la audiencia pública de marzo del 2020, 28 y 22 años después de sucedidos los hechos respectivamente, el Estado reconoció su plena responsabilidad internacional en la violación de los derechos en cuestión²³. Volveremos sobre lo que significa esta de-

18 Este informe cambia el uso del término personas ilegales por el de personas migrantes.

19 Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 31.

20 *Ibidem*, párr. 30.

21 Corte IDH, Audiencia pública *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, del 01/03/2020, minuto 40 a 44; Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 33.

22 *Ibidem*, párrs. 32 y 33.

23 El Estado reconoció responsabilidad respecto a Fernández Prieto y a Tumbeiro por violaciones a la libertad personal (art. 7), a las garantías judiciales (art.8), a la protección de la honra y la dignidad (art. 11) y a la protección judicial (art.25) y, en particular sobre Tumbeiro, reconoció que hubo discriminación y violación del derecho a la igualdad ante la ley (arts. 1.1 y 24) (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

mora. Pero vale decir ahora que es por la decisión del 2020 por la que el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro* puede incidir, no tanto en la justicia debida a las víctimas ya fallecidas, pero sí en una revisión de los problemas estructurales sobre detenciones arbitrarias en la región.

Recordemos que el vehículo donde iban Carlos Alberto Fernández Prieto y otras dos personas fue interceptado por encontrarse en *actitud sospechosa*. En la requisita se encontraron algunos paquetes de marihuana, de los que Fernández Prieto se hizo responsable y fue detenido de forma preventiva, en 1995 se le acusó por tráfico de estupefacientes y en 1996 fue condenado a 5 años de prisión. Fernández Prieto falleció en 2020²⁴.

Carlos Alejandro Tumbeiro fue interceptado y requisado por el *nerviosismo* que mostraba ante la presencia policial, por *la manera de vestir* que no coincidía con la de la gente del barrio donde transitaba y porque dijo que estaba buscando productos que no se vendían en esa zona. Los agentes lo llevaron a un vehículo, le bajaron los pantalones y la ropa interior y afirmaron que llevaba consigo una bolsa con cocaína envuelta en un periódico. Según Tumbeiro, el periódico estaba en el asiento trasero del carro de la policía, es decir, que bien pudo haber sido víctima de procedimientos policiales fraguados²⁵. Aun así, fue condenado a un año y seis meses de prisión por posesión de estupefacientes. Posteriormente, en 1999, un recurso de casación lo absolvió, pero la Corte Suprema revocó la decisión y lo condenó a trabajo comunitario hasta el 2006. Tumbeiro falleció en 2014²⁶.

En ambos casos, las detenciones se produjeron sin orden judicial y bajo el argumento de prevenir el delito; no hubo flagrancia ni elementos de juicio (objetivos), ni los interpellados eran parte de una investigación penal. En ambos casos, las retenciones antecedieron a las evidencias encontradas y luego validadas por los jueces, en una clara violación al debido proceso²⁷.

2. Del orden, de la prevención del desorden y del prejuicio

El caso *Fernández Prieto y Tumbeiro* nos enfrenta así al complejo asunto de la función policial en la preservación del orden, de su regulación y su propósito. Si la función de la policía es velar por lo que se entiende como convivencia pacífica en

24 Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párrs. 34-45.

25 Corte IDH *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 29; cfr. JEP (Comunicado 019, 2021, Caso 03 – falsos positivos).

26 *Ibidem*, párrs 46-52.

27 Tumbeiro declaró que además de la humillación de hacerle bajar los pantalones “le cargaron” la droga. *Ibidem*, párr. 62.

un orden social dado, tal función puede requerir no sólo la acción frente al desorden sino la prevención de este. Es en esa función de prevención, de lo que es percibido como desorden, donde se sitúan los riesgos de naturalizar las detenciones ilegales y arbitrarias²⁸.

Para poder comprender dónde radica el riesgo es necesario revisar brevemente lo que implica la noción de 'orden' para la vida social humana en general; mostrar quiénes pueden quedar en las márgenes o fuera de estos arreglos y exponer cómo operan los prejuicios en la criminalización de la marginalidad.

28 No voy a hacer aquí una crítica radical de la función policial en las sociedades contemporáneas. Me ocupo sólo de ciertos problemas que puedo evidenciar con ejemplos en la situación existente de la función policial en sociedades como la argentina o la colombiana. En ellas, como lo confirma el texto de la decisión que nos ocupa, la necesidad de la policía como "guardiana del orden" no se cuestiona de forma radical, no es esa la función de la Corte regional de cualquier manera, sino que se reforma de acuerdo con los contextos. Por ejemplo, con la exigencia de la adecuación normativa a los principios de la Convención, como en Argentina, o con la actual propuesta muy polémica, por cierto, de reforma policial en Colombia. También en sociedades como la canadiense o la estadounidense, la discusión actual, impulsada por los reiterados abusos en los llamados *pólice street checks*. Ver: Wortley (2019) y su probado tinte racista, gira alrededor de temas como la reducción de fondos a los cuerpos de policía, y la reinversión de estos para apoyar programas sociales en comunidades en riesgo y así prevenir el crimen desde sus potenciales causas. Esta no es una discusión nueva, es recurrente desde los años 80 del siglo XX, cuando los gobiernos de turno, en particular en Estados Unidos y Gran Bretaña, rechazaron las aproximaciones basadas en el estado de bienestar y en las causas sociales del crimen, con el argumento de que habían sido históricamente inútiles, y se dedicaron a promulgar la necesidad de imponer la ley y el orden con mecanismos formales de control especialmente vinculados a la presencia policial para la prevención del crimen, pero también como vehículo de actualización del castigo. La teoría de las ventanas rotas fue representativa de esta aproximación (Wilson y Kelling, 1982). En su texto sobre la nueva cultura del control, David Garland (2012) afirma que uno de los indicadores de esta cultura del control consiste en promover las prisiones como un mecanismo para prevenir las ofensas, es decir, para incapacitar al ofensor como una solución más efectiva que rehabilitarlo. No en vano, vemos las cifras de encarcelamiento masivo de cuerpos racializados y que se perciben desordenados. Ver: DuVernay (2016); El Espectador (22 de julio de 2021); Wortley (2019). Una crítica estructural de la policía implicaría tratar, como lo afirma Walter Benjamin (1991), a la institución policial como instancia fundadora y no solo guardiana de la ley, como institución monstruosa de administración de la violencia, y como límite de la función del Estado de garantizar el orden y los fines que persigue. Explica Benjamin (1991) que la policía representa la máxima degeneración de la violencia, pues aparece ante la impotencia del Estado para cumplir los fines del Derecho, y lo hace "en nombre de la seguridad". La violencia policial no se basa en nada sustancial, sino que representa el fracaso del Estado y del Derecho, y por lo tanto es la máxima degeneración de la violencia (Benjamin, 1991).

2.a. A la conquista del orden

“Cualquier tipo de orden es un intento desesperado por imponer uniformidad, regularidad y predictibilidad al mundo humano, un mundo que es de manera endémica, diverso, errático e impredecible” (Bauman, 2000, 206)

Comparto la perspectiva según la cual, ni el orden social ni las normas que regulan ese orden son naturales, todo orden con sus normas es un artificio necesario y a la vez contingente que hace posible la vida social. Esta contingencia, sin embargo, es causa tanto material como simbólica del trazado que separa lo legal de lo ilegal, lo reconocido de lo excluido, lo normal de lo anormal²⁹. Ordenar las condiciones de nuestra supervivencia, de acuerdo con determinados parámetros, demanda la transformación del desorden en una cierta noción de ‘orden’, entonces, las coordenadas de esa transformación retratan a quiénes tienen el poder de imponerlas. Aceptemos que el orden tiene que “hacerse” y que, por lo mismo, puede cambiar y “hacerse de otro modo”. Por otro lado, aceptemos que el desorden es inagotable, y alimenta nuestro incesante deseo por determinar y “poner cada ‘cosa’ en su lugar”. La vida como una incesante disrupción del orden ha sido tratada, por nombrar una obra entre muchas, en *El Malestar en la Cultura* de Sigmund Freud (1981). Allí, Freud analiza la cultura, la vida social, y la vida orgánica en general, como una lucha constante entre la pulsión por reunir lo que está separado y mantenerlo unido, y la pulsión a destruir, a la discordia³⁰. En este mismo texto, afirma Freud que el orden es una compulsión a la repetición y un requisito cultural que, una vez instituido, es decir inventado, tiene una utilidad evidente: la de organizar tiempo y espacio y ahorrar energía psíquica. Es decir, evitar el desgaste de la improvisación y la ansiedad ante lo inesperado (Freud, 1981, 56). Así, el orden, tan necesario para la preservación de la vida humana, es precisamente lo que tiene que inventarse, lo que se añora, lo que es ausencia radical que apenas puede arañarse con “la fuerza de la repetición”, con el hábito (Bourdieu, 1985; Butler, 2007; Aristóteles, 2014)³¹, porque lo que prima en la pulsión es la inclinación humana al descuido (Freud, 1981, 56-57). En este mismo asunto, aunque con variaciones en el argumento, Emile

29 Esta frontera creada por de los discursos de verdad no solo la menciona Bauman (2000) y Garland (2012), sino también Foucault (2009).

30 Ver también: Laplanche y Pontalis (1981).

31 La definición de Bourdieu (1985) de habitus como disposiciones; Butler (2007) cuando habla de la performatividad del género, pero también Aristóteles en la ética (2014) donde llama hábitos a las virtudes y los vicios.

Durkheim (2012; 2013; 2019) señaló la necesidad de generar y mantener una *conciencia* colectiva capaz de generar comunidad alrededor de un repertorio de valores compartidos que se pudiera consolidar y sobrevivir gracias a la relación antagónica con quien se desconecta de las normas imperantes. La búsqueda de la colectividad consensual y los procesos para construirla es lo que defiende a los grupos sociales de la *anomia*, es decir, la ruptura o interrupción de la fuerza vinculante de las normas que disuelve la legitimidad de la autoridad y altera el orden.

Estas reflexiones las hago para recordar que la inestabilidad de la vida humana encuentra en el derecho la materialización de su *deseo de orden*, repito, del deseo, no del orden, puesto que las dinámicas de la vida humana no sólo hacen imposible sino indeseable un orden sin conflicto. En otras palabras, los totalitarismos imponen un falso orden y simulan la ausencia de conflicto, las democracias sólo existen en marcos ordenados donde el conflicto y el disenso son posibles.

Ahora, como bien lo anotan Jean y John Comaroff (2016), estas ideas de orden y de las normas que lo regulan son el resultado del proyecto europeo moderno que hizo hegemónico en el hemisferio occidental y hasta nuestros días la figura del Estado-nación. Esta hegemonía del proyecto moderno y liberal, materializada en la figura del contrato social, en realidad se dedicó a generar un orden jurídico y administrativo dirigido a proteger la propiedad, a defender los intereses de quienes la detentan y a crear límites para subordinar o excluir a quienes no califican al goce de sus beneficios. Pero no lo hizo de cualquier manera, la implementación de las estructuras jerárquicas y excluyentes del contrato social moderno sucedieron a partir de prácticas y saberes que justificaron y naturalizaron las diferencias (Comaroff y Comaroff, 2016, 10-11). La ciudadanía, por ejemplo, se derivó de la propiedad privada, y se regularon la distribución de derechos y deberes en torno a la naturalización de hegemonías raciales y de género. América Latina participó de este proyecto como colonia, con las disputas propias de la expropiación y la subordinación cultural, racial y de género. El pasado colonial y el presente neoliberal han hecho de América Latina la región más desigual del planeta (Lissardy, 2020). Los grandes conflictos políticos y sociales en la región tienen raíces en la intransigencia de los poderosos a redistribuir los recursos y en el temor a perder sus privilegios de todo tipo. El desorden, entonces, aparece como amenaza en los cuerpos de quienes material o simbólicamente están del otro lado, en las márgenes del poder.

2.b. ¿Qué tienen que ver estas reflexiones con la función policial, las detenciones arbitrarias y los derechos humanos?

La necesidad de ‘adoptar’ un orden condensa el carácter político de la vida social y sus lógicas. Adoptar un orden es siempre ‘escoger’ un orden (Bauman, 2000), un sistema normativo que al implementarse determina jerarquías y pertenencias

y responde a una particular forma de entender la convivencia y las condiciones de preservación de esta, es decir, de la seguridad. Por ello, la relación entre orden y seguridad se reformula de manera constante en la vida social. De acuerdo con los contextos sociopolíticos particulares, la seguridad puede entenderse como certeza, o al menos como deseo, de que los arreglos de nuestro quehacer social y personal cotidianos, nuestros mínimos vitales, estén garantizados y no puedan ser perturbados de manera inesperada por asuntos que se pueden prevenir y redireccionar. En otros escenarios se entiende como erradicación del crimen, en otros como la eliminación de los factores que perturben proyectos económicos, sociales y políticos, y en otros, como un diseño de normas y obstáculos para mantener a raya lo que se percibe como peligroso, por ejemplo, para la soberanía de un Estado-nación, entre otros.

La función de la policía, de los “agentes del orden”, en la mayoría de los proyectos de seguridad, es vista como instrumental para mantener a raya los riesgos a la integridad de personas y bienes y para promover la convivencia pacífica, comoquiera que esta sea entendida en los proyectos sociales particulares (Bernal, 2019). La manera como la policía promueve y protege una cierta y preponderante noción del orden constituye su principal poder, este poder se materializa en la definición Weberiana del Estado como el detentor del uso legítimo de la fuerza (Weber, 1982). La policía representa y ejerce la fuerza legítima del Estado para actuar sobre cuerpos percibidos como desordenados o desordenando, por medio de su función privativa, es decir, su prebenda de detener (Valverde, 2010, 56-58).

En América Latina, este marco teórico liberal ha sido objeto de profundas transformaciones no sólo por el efecto de, por ejemplo, dictaduras como en Argentina o el conflicto armado interno con actores que ejercen poder paramilitar o guerrillero como en Colombia, sino por su propia insuficiencia para aprehender las demandas de inclusión y justicia social de una población creciente y plural. Entonces, los cuerpos desordenados y que desordenan son por excelencia los que habitan espacios precarios en uno o múltiples ejes de discriminación o exclusión, porque hacen visibles las fracturas del orden y al hacerlo se perciben como riesgo para su supervivencia³².

2.c. Prevención y sospecha razonable

La decisión de la Corte IDH en el caso que nos ocupa es clara en determinar las condiciones bajo las cuales es legítima, y de acuerdo con la Convención, la detención de

32 No en vano la perita Tiscornia describe los abusos de autoridad en la Argentina de hoy como una lucha de clases, o por lo menos así lo interpretó el juez Sierra Porto en la audiencia pública y ella lo confirmó. Ver: Corte IDH, Audiencia pública *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, minuto 62 a 64. Un texto que explica de manera ejemplar la función amenazante para el sistema de la población marginada entre los marginados es: Stallybrass, Peter. 1990. “Marx and Heterogeneity: Thinking the Lumpenproletariat”. *Representations* 31: 69-95.

personas aún sin orden judicial³³. La Corte recuerda que, para casos que envuelven la privación de libertad, la Convención³⁴ considera necesario que las regulaciones no sólo establezcan las causas y condiciones de la privación, sino que se ajusten al principio de legalidad y tipicidad, es decir, que determinen con claridad lo delictivo de los hechos y que las normas sean preexistentes a la conducta delictiva³⁵. Considera también que las regulaciones que determinen las facultades de la policía relativas a la prevención e investigación de los delitos tienen que tener parámetros claros, es decir, que cuando se requiera detener sin orden judicial ni flagrancia, los motivos de la detención sean objetivos, que se pueda evidenciar “la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional”³⁶. Esto para hacer evidente, una vez más, que los motivos por los que las personas son detenidas no pueden estar fundamentados en intuición policial ni en criterios objetivos que no puedan verificarse antes de la detención. La Corte acude a algunas jurisprudencias nacionales para sustentar los estándares por los que deben regirse las detenciones sin orden judicial. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, además de enfatizar en el carácter urgente y necesario, es decir excepcional del procedimiento, y cuándo hay riesgo fundado de evasión del sospechoso de haber cometido o participado en un delito grave, exige que la misma se funde en razones objetivas y motivos fundados, es decir, en “*un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora o participe de ella [la infracción]*” (Corte Constitucional co-

33 Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 31. La posibilidad de esas detenciones debería ser solo por razones urgentes. La Corte estableció la pertinencia de que los Estados otorguen a los funcionarios policiales facultades para prevenir el delito, siempre y cuando estas estén “revestidas de salvaguardas en la legislación y de carácter institucional, tales como capacitaciones adecuadas y la creación de mecanismos serios de rendición de cuentas de la actuación policial, a fin de evitar detenciones arbitrarias en los términos del artículo 7.3 de la CADH” (CIDH. *Fernández Prieto y Tumbeiro*, Argentina, informe de fondo del 25/10/2017, párr. 65).

34 Cfr. art. 7.2 CADH, citado en Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 89.

35 La Corte, en *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), cita el caso *Norín Catrimán vs. Chile* y el caso *Pollo Rivera vs. Perú* (párr. 89). Esto está inspirado en la criminología clásica y su descripción de las condiciones para garantizar que las normas funcionen como instrumentos disuasivos del crimen: claridad, celeridad y proporcionalidad.

36 Corte IDH, *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 90.

lombiana, Sentencia C-303, 2019)³⁷. Uso esta referencia a la corte colombiana para resaltar que los motivos de la detención sin flagrancia exigen ‘sobredeterminación’, es decir, la articulación de varios factores determinantes³⁸, y su verificación previa Tomo este término del psicoanálisis (Laplanche y Pontalis, 1981, 411). a la detención. Esto para resaltar que la objetividad de los motivos cuando no hay flagrancia exige no una razón sino varias *razones* determinantes³⁹. La Corte también acude al caso Gillan y Quinton vs. Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), donde se definen los límites de la detención sin orden judicial bajo la categoría de “sospecha razonable.” Para que la sospecha sea razonable se requieren tres cosas:

- a. “la existencia de hechos o información que podría satisfacer a un observador razonable en cuanto a que la persona involucrada habría cometido una ofensa”;
- b. “el incumplimiento de las autoridades estatales de realizar una investigación sobre los hechos para verificar si se violó el derecho a la libertad personal compromete su responsabilidad”;
- c. “los fundamentos razonables que justifiquen la sospecha son una salvaguarda contra la detención arbitraria, por lo cual el Estado debe suministrar hechos o información en ese sentido”⁴⁰.

El concepto de lo razonable, aplicado a la sospecha, al observador y a los fundamentos, es un concepto indeterminado. Es decir, implica para su aplicación una ponderación de argumentos y de hechos. Lo razonable implica que hay una posibilidad argumentada de sentidos compartidos, o como lo señalé frente a la cita de la Corte colombiana, porque hay una serie de hechos determinantes y concatenados que circundan el hecho, se pueden argumentar y le otorgan fuerza a la sospecha. La noción de lo razonable es también empleada en Los Principios de Bangalore (ONU, 2006)⁴¹ bajo el concepto de imparcialidad y hay doctrina que introduce una impor-

37 *Ibíd*em, párr. 92. Itálicas de la autora.

38 Tomo este término del psicoanálisis (Laplanche y Pontalis, 1981, 411).

39 Se podría invertir el argumento y decir que la sobredeterminación de motivos es condición de una detención no-arbitraria cuando no hay orden judicial, igual a como uno podría decir, en contextos de violencia por prejuicio, que la concatenación de factores como la discriminación estructural de ciertos grupos y el uso material y simbólico de ciertas expresiones u objetos en el ataque se tornan en indicios objetivos de la presencia del prejuicio en el acto violento. Ver: Caso *Azul Rojas Marín vs. Perú*, sentencia del 12/03/2020 (Fondo) y el testimonio de la autora en la audiencia pública que está disponible en: <https://vimeo.com/347339620> y <https://vimeo.com/347339872>.

40 Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 51.

41 Ver la interpretación que Atienza y Vigó(2006) hacen en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la Cumbre Judicial Iberoamericana (Santo Domingo, República Dominicana, 2006).

tante distinción entre lo razonable y lo racional. Lo razonable está en el orden de la argumentación y la ponderación mientras lo racional refiere a reglas que exigen demostración y necesidad lógica⁴².

Básicamente, si aceptamos esta distinción, sabemos que lo razonable, por estar en el espacio de lo contingente y no de lo necesario, supone la entrada valorativa del contexto, y aunque pugne por el equilibrio entre los valores que envuelve, es susceptible al contexto histórico y, por ende, a intersticios por donde se puede colar el prejuicio. Así pues, la sospecha razonable es, invirtiendo la definición del filósofo polaco Chaim Perelman de lo ‘irrazonable’, la presunción que es admisible en una comunidad en un momento dado⁴³.

Muy bien, si lo razonable adquiere su sentido del contexto histórico, no es descabellado pensar que lo razonable de la sospecha en las detenciones sin orden judicial pueda ser actuado por los agentes de policía y los jueces como una extensión de los valores sociales hegemónicos; de hecho, en *Fernández Prieto y Tumbeiro*, los jueces argentinos del caso, incluidos los de la Corte Suprema⁴⁴, descartan que haya existido arbitrariedad y confirman las sentencias⁴⁵. Así también, la resistencia del Estado a hacer transformaciones sustanciales a la situación en los noventa y el contraste con la aceptación completa del Estado en 2020, nos indica que nos enfrentamos a un problema estructural, cuya transformación depende de los gobiernos de turno y no de una política de Estado frente a los deberes contraídos con los sistemas internacionales de los derechos humanos: la exigencia de una sospecha razonable, cuando está incluida en la normativa que se aplica, debería ser el antídoto para las detenciones arbitrarias, pero se camufla, por decirlo de alguna manera, naturaliza los prejuicios, no sólo en la función policial de detener para imponer el orden, sino en el actuar de los jueces nacionales que evalúan u omiten el control de esas prácticas. Es por lo que la Corte IDH ha tenido que hacer control de convencionalidad en repetidos y profusos casos.

42 No voy a entrar en las discusiones propias de la filosofía del derecho en este texto, pero para ampliar estas distinciones ver este excelente texto: Atienza, Manuel. 1989. Sobre lo razonable en el derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional* 9(27): 93-110.

43 “Es ‘irrazonable’ —afirma Perelman— lo que es inadmisibile en una comunidad en un momento dado”, citado por Atienza (1989, 191).

44 Esta corte debería revisar la constitucionalidad y convencionalidad de estas decisiones. Y, además, velar por los derechos de las minorías cuando se hacen invisibles o inalcanzables por la acción hegemónica de la sociedad, incluidos los jueces de instancia.

45 En el caso de *Fernández Prieto*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sentencia de 1998 confirmó la sentencia condenatoria del Juzgado de Mar de Plata de 1996 (citado en Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, párr. 44). En el caso del señor *Tumbeiro*, la Cámara Nacional de Casación Penal, en sentencia de 2002, dejó en firme su condena; citado en Caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 01/09/2020 (Fondo), párr. 51.

Así, la naturalización del prejuicio como sospecha razonable puede explicar, en parte, la constante y reiterada repetición de detenciones arbitrarias en la región. Otra parte se explica por la asunción abierta o velada de políticas de “ley y orden”, especialmente ligada a las políticas antidrogas, y que encuentran su mejor aliado en los discursos que se conocen como populismo penal. El populismo penal se refiere a la promulgación de leyes basadas no en evidencias sobre situaciones de riesgo para la seguridad ciudadana, sino surgidas como respuesta a asuntos o eventos que los grupos sociales perciben como inseguros. Los legisladores y gobiernos de turno responden, con leyes e incremento de penas, al sentir de amplios sectores de la población con el fin de ganar votos, privilegian la pena privativa de la libertad como forma de prevención, prefieren deshabilitar (*incapacitation*) a rehabilitar, priorizan las emociones de la población frente a ciertos delitos sobre las evidencias preparadas por los expertos. Estas leyes así promulgadas son, por lo general, ineficaces en transformar o reducir las ofensas o en prevenirla⁴⁶.

Entonces tenemos, por un lado, las prácticas de detención arbitraria influidas por el prejuicio sobre ciertas comunidades y quienes se perciben perteneciendo a ellas, y por otro, las demandas de la policía por mostrar resultados, esto en la línea tanto del populismo penal como de la justificación con “estadísticas” de la efectividad y necesidad de mantener activo y en crecimiento el sistema represivo del Estado. En ambos casos, el prejuicio juega un papel central. En ambos casos también aparece

46 No voy a hacer un seguimiento detallado de cómo aparece y funciona el populismo penal en diferentes sociedades latinoamericanas. Sin embargo, vale la pena reconocer que presenta variaciones en los distintos contextos, así como en relación con sus objetos de protección. Un ejemplo de estas diferencias se encuentra en la entrevista a Máximo Sozzo, que incluyo aquí como referencia. Allí Sozzo habla de cómo en la Argentina, el populismo penal convive con otras políticas y aproximaciones al tratamiento del delito, y da como ejemplo la subsistencia del ideal de rehabilitación en el tratamiento de los ofensores en el país, aun cuando la rehabilitación es una noción que no comparte el populismo penal y que enfrenta con su noción de incapacitación. Para otro ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional acaba de declarar inexecutable (Sentencia C-294, 2021) una ley que pretendía instaurar la pena de muerte para ofensores sexuales de menores. La ley contó con amplio respaldo de sectores de la sociedad, del gobierno de Iván Duque y de mayorías en el Congreso, estas últimas vieron en su promulgación una respuesta al clamor de las primeras frente a la inseguridad en la que, perciben, se encuentran los menores y la insuficiencia de los ya brutales castigos para quienes han sido condenados por estos delitos. Para una definición del concepto y algunas de sus particularidades en Latinoamérica ver: Gómez y Proaño (2012); El Espectador (5 de febrero de 2018); Garland (2015). Un caso interesante fue el suscitado por la ministra de seguridad de Argentina, Sabrina Frederic, frente a la cifra de 85 % de lxs argentinxs que sienten que la inseguridad es grave en su ciudad. Ante estas cifras la ministra expresó lo siguiente: “Suiza es más tranquilo, pero más aburrido”. Frederic ha expresado desde 2019 intenciones de reducir la mano dura de su antecesora Bullrich. Ver: El Espectador (31 de agosto de 2021).

la pregunta por la función policial en el marco de políticas neoliberales o populistas de izquierda, en relación con la función represiva del Estado⁴⁷.

No quiero imponer *simpliciter* el marco de lo dicho, sin matices, sobre el caso argentino, ni sobre otros países de la región, porque cada uno tiene variantes que no puedo incluir aquí, pero sí me llama la atención cómo el paso desde las políticas neoliberales de Carlos Menen (1989-1999) a los gobiernos populistas de izquierda de los Kirchner (2003-2015) hace coincidir, al primero, con las políticas de detenciones en los noventa cuando ocurren las de Fernández Prieto (1992) y Tumbeiro (1998); al comienzo del gobierno de Néstor Kirchner (2003), con la decisión de la Corte IDH en *Bulacio vs. Argentina* de 2003 y con la primera visita e informe del grupo de trabajo de la ONU (GDTA). En el de Cristina Kirchner (2007-2015) persistieron denuncias hechas por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en 2012 y en 2010 por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En el gobierno de Mauricio Macri (2015-2019), de corte neoliberal, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2016 volvió a expresar preocupación por el asunto; en 2017 el grupo de la ONU (GTDA) hace otra visita al país y verifica la discrecionalidad amplia de la policía en las detenciones sin orden judicial. En ese mismo año, la CIDH emitió su informe de fondo sobre las peticiones de la Defensoría de 1999 y 2003, es decir, 15 años después. El gobierno de Macri no respondió a las recomendaciones, por lo cual el caso llegó a la Corte. La Defensoría actuó como representante de las víctimas y en 2020, en la presidencia de Alberto Fernández, de una coalición peronista-kirchnerista, el Estado reconoció plenamente su responsabilidad internacional⁴⁸ y se comprometió con la adecuación normativa conforme a la Convención. Resumo lo anterior para señalar que, aunque hubo variaciones gubernamentales en la aproximación a las denuncias internas e internacionales sobre detenciones ilegales y arbitrarias en la Argentina, las prácticas internas y la atención internacional sobre ellas subsistieron en todos los gobiernos.

Esta cronología es relevante, por ser el retrato de la duración de los procesos que llegan al sistema interamericano. Sin duda hubo obstáculos internos, la composición y la independencia de órganos de control como la Defensoría son determinantes en la fluidez de los procesos, pero también, como lo señaló la presidenta de la Corte IDH (jueza Elizabeth Odio Benito) en la audiencia pública, preocupa sobremanera

47 Goodman y Politi (2021) en reportaje del *New York Times*. Para saber más sobre el kirchnerismo en Argentina: <https://www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar>.

48 También reconoció el Estado argentino su responsabilidad plena en el caso *Acosta Martínez vs. Argentina* (2020), un migrante uruguayo que fue privado de la libertad de manera arbitraria, ilegal y discriminatoria en 1996 por unos agentes de policía, cuando se encontraba en una discoteca afro en Argentina (país al que había migrado). Una vez en la comisaría, fue lesionado en múltiples ocasiones hasta quedar inconsciente, murió de un paro cardiovascular cuando lo trasladaban en ambulancia a un hospital.

las demoras en el sistema. Puede uno preguntarse si una decisión como la del caso de Fernández Prieto y Tumbeiro, cuando las víctimas han fallecido es, entre otras cosas, una efectiva medida contra la impunidad y una garantía de no repetición.

2.d. Las operaciones del prejuicio⁴⁹: cuerpos desordenados y desordenando.

Tomando como punto de partida su definición psicoanalítica, he argumentado que el prejuicio es una “racionalización”⁵⁰ terca e infundada del valor que las sociedades imponen sobre lo que se percibe como diferente a la norma hegemónica, por ejemplo, en diferencias de clase, de raza, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género, de religión y de origen nacional entre otras. Lo que las racionalizaciones hacen es producir justificaciones que permiten esconder el carácter perjudicado del gesto colectivo cuando imponen valores, por lo general negativos, sobre las diferencias⁵¹.

A continuación, haré un recorrido breve por la manera como entiendo el prejuicio y sus operaciones. Haré referencia al caso *Fernández Prieto y Tumbeiro*, pero también, cuando lo amerite, a la decisión de la Corte IDH en *Azul Rojas Marín vs. Perú* 2020,⁵² el primer caso sobre violencia por orientación sexual e identidad y expre-

49 Esta sección articula argumentos sobre la noción de ‘violencia por prejuicio’ que he trabajado en varios textos previos. Ver Gómez (2006, 2007, 2008, 2016, 2019a, 2019b, 2021). Esta categoría analítica ha sido adoptada por la CIDH en el informe de 2015 “violencia contra las personas LGBTI”, por los reportes de derechos humanos de Caribe Afirmativo (2015, 2018, 2019) y Colombia Diversa (2012, 2020), de esta última organización importante el reporte que presentaron a la JEP “Los órdenes del prejuicio” en julio de 2020 y, de manera muy relevante para este texto, la sentencia de la Corte IDH de 2020 en el caso *Azul Rojas Marín vs. Perú*.

50 Para el psicoanálisis freudiano, la racionalización “es un procedimiento mediante el cual el sujeto intenta dar una explicación coherente, desde el punto de vista lógico, o aceptable desde el punto de vista moral, a una actitud, un acto, una idea, un sentimiento, etc, cuyos motivos verdaderos no percibe; especialmente se habla de la racionalización de un síntoma, de una compulsión defensiva, de una formación reactiva.” (Laplanche & Pontalis, 1997, 349). Para una interesante aproximación a la potencial relación entre prejuicio y racionalización, ver Cohen (2002).

51 Ver Albert Memmi (1971, 185); Gómez (2008, 91).

52 En este caso fui perita de la Comisión ante la Corte. Ver: Corte IDH, Audiencia pública (parte 1) *Azul Rojas Marín vs. Perú*, del 27/08/2019, minuto 178 a 257.42. La introducción de mi testimonio inició con lo siguiente: “¿Por qué las categorías de prejuicio y de violencia por prejuicio son relevantes para revisar la violencia motivada por orientación sexual y/o identidad o expresión de género, con ello quiero abrir el marco conceptual para revisar el valor probatorio del testimonio de la víctima en casos de violencia sexual como tortura motivada por estas características y la relación entre obligaciones del Estado en casos de violencia por prejuicio” (Ibidem, minuto 178.3 a minuto 179.07).

sión de género que decidió la Corte Interamericana⁵³. Este caso tiene en común con *Fernández Prieto y Tumbeiro* su trato de las detenciones ilegales y arbitrarias y la referencia a estereotipos y prejuicios actuados por la fuerza pública. En los casos de *Azul Rojas* y de *Tumbeiro* se presenta además la detención con fines de identificación, que es discriminatoria. Hago esta aclaración porque mi trabajo sobre violencia por prejuicio ha analizado, sin menoscabo, espero, del carácter interseccional de los prejuicios, sobre todo la violencia que se basa en la orientación sexual y la identidad y expresión de género percibidas. En este texto encuentro la oportunidad de resaltar algunas de estas consideraciones en relación con los prejuicios de clase.

La naturaleza del prejuicio es terca, en principio, porque elabora trincheras de todo tipo para sostener su “mentira compartida”⁵⁴. El prejuicio, al operar por racionalizaciones, tiene carácter reactivo. En las dinámicas sociales contemporáneas por diversas razones, por ejemplo, geopolíticas, o porque las minorías han ganado garantías constitucionales o de inclusión jurídica, las fronteras que marcaban las diferencias se hacen porosas y, por ello, generan ansiedad y temor de que los espacios de privilegio, de poder y orden establecido cambien o se pierdan⁵⁵. Esta terquedad del prejuicio explica en gran parte porqué a pesar de los reiterados esfuerzos de la Corte IDH por hacer control de convencionalidad, las detenciones arbitrarias e ilegales persisten en la región.

El prejuicio es siempre social, el prejuicio no es una característica de la psicología individual, más bien opera como un acto de habla, es decir, requiere del contexto apropiado para que su expresión adquiera sentido. Para que una detención sin orden judicial se produzca porque el agente percibe “algo” que desordena el espacio, en este caso estereotipos de clase, es necesario que las estructuras jerárquicas y excluyentes de clase operen de antemano⁵⁶. Así, el prejuicio no pertenece al acto de detener sin

53 Por su parte, el caso de la Corte IDH *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, sentencia del 26/03/2021 (Fondo) es el primer caso sobre violencia basada en la identidad de género que decide esta corte regional. En él hay referencias específicas a la violencia por prejuicio ejercida por agentes del Estado y se puede afirmar que en ese sentido tiene puntos en común con *Fernández Prieto y Tumbeiro* y con *Azul Rojas Marín*. Por cuestiones de espacio, no me ocuparé de los detalles del caso en este texto.

54 He usado como epígrafe en otro trabajo la frase del filósofo Slavoj Žižek (1994), ver: Gómez (2021).

55 Adorno, en su investigación sobre la personalidad autoritaria, discute la emergencia del otrx como amenaza al orden establecido. Ver: (Adorno, 2009).

56 He propuesto dos categorías analíticas para nombrar los usos de la violencia por prejuicio; un uso jerárquico y un uso excluyente. El uso jerárquico de la violencia apunta a imponer o recordar al otrx su condición de inferioridad, de subordinación, tiene como fin marcar el lugar que estx “debería” ocupar en el tejido social. El uso excluyente de la violencia, por contraste, apunta a liquidar al otrx, o a erradicar lo que éstx representa, a hacerle desapa-

orden judicial *per se*, tiene que ver con la inteligibilidad que inunda ese acto porque este sólo tiene éxito, es decir, impacto en sus fines, si es motivado por un universo previo de sentido que se proyecta sobre las consecuencias del acto. Como lo afirma la perita en la audiencia pública⁵⁷, en la requisita de Fernández Prieto, y en la detención de Tumbeiro por averiguación de identidad, hay rasgos de prejuicio de clase. Lo que ella señala en la audiencia pública tiene dos niveles: 1. La necesidad de la policía de producir resultados, de tener estadísticas para justificar los fondos, los trabajos y el prestigio de la institución y los políticos que la apoyan (en el marco del populismo penal y/o de las políticas neoliberales de la “ley y orden”). 2. La necesidad de mantener a raya los riesgos de perder los privilegios de clase, en este caso, retirar de ciertos espacios públicos lo que se percibe como “fuera de lugar”, como desorden. En el caso Fernández fue “algo” que los agentes “vieron”, y desde ahí se generó la sospecha; en Tumbeiro, por el contrario, todas las condiciones de “estar fuera de lugar” parecen darse, se veía *nervioso, su ropa no era la común en el lugar, buscaba ciertos objetos que no se vendían en esa zona*.

En ambos niveles, el prejuicio interviene porque motiva la selección de los detenidos. Lo hace de manera instrumental, cuando la policía selecciona a ciertos cuerpos vulnerables para “hacer estadísticas”, pero esto se torna simbólico porque lxs agentes escogen su objetivo, motivados por la ansiedad u hostilidad hacia la diferencia, percibida como amenazante para el fin policial de “mantener el orden en el espacio público”. En otras palabras, opera en el espacio no sólo del acto material de detener, sino en el simbólico, detener porque la víctima se percibe como amenaza y así enviar una advertencia a cualquiera que pueda evocar similares características en la percepción de lxs agentes⁵⁸.

Me atrevería a afirmar que cuando lxs agentes del Estado actúan el prejuicio, la selección de las personas y su detención arbitraria subsume el carácter instrumental del prejuicio al ámbito simbólico; esto es así porque el funcionario está investido de autoridad y poder para imponer un estereotipo sobre la víctima con efectos materiales inmediatos, por ejemplo, el abuso y la privación de la libertad, en el caso de

recer. Mi trabajo conceptual para entender las operaciones del prejuicio cuando actúa de manera violenta se ha beneficiado mucho del debate norteamericano de finales del siglo XX (Berket. al, 1992; Lawrence, 1999). A continuación, resumo algunos argumentos: a. El prejuicio puede usarse en la selección de la víctima, pero sin hostilidad hacia la característica real o percibida que informa el prejuicio, es decir, con un fin instrumental. b. El prejuicio puede actuar en la selección de la víctima y hacerlo con hostilidad, es decir, con un fin simbólico, el prejuicio hace evidente la hostilidad hacia el estatus simbólico de la víctima. Hay entonces violencia instrumental y violencia simbólica, ambas basadas en el prejuicio. Para un análisis detallado de este debate ver Gómez 2006 y 2008 y 2019 (b).

57 Ver: Corte IDH, Audiencia pública *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, minuto 62 a 64.

58 Para una noción de lo simbólico en Bourdieu (1999).

Tumbeiro, la humillación al ser obligado a quitarse los pantalones en el auto y, de acuerdo con su testimonio, a que le “cargaran” la droga. Esta detención arbitraria cambió su vida y la de su familia, su cuerpo encarnó, no sólo la arbitrariedad del individuo que lo detuvo, sino el prejuicio de todo el orden social.

No conozco suficiente las particularidades demográficas del caso *Fernández Prieto* y *Tumbeiro*, pero uno podría decir que en Latinoamérica la policía, sobre todo la policía de calle suele pertenecer a las mismas comunidades y orígenes sociales de quienes se perciben “como fuera de lugar”, o sobre quienes recae la sospecha por algo que “ven” lxs agentes. Mucho se ha escrito⁵⁹ sobre la necesidad de marcar las diferencias, por lo general con violencia, cuando las fronteras entre un nosotrxs y un ellxs se vuelven porosas. Un ejemplo es el rol del uniforme en separar a lxs agentes del orden de los cuerpos que desordenan. Pero donde mejor se expresa la trampa del prejuicio es en el gesto de la policía de seleccionar y ejercer autoridad sobre quienes se perciben similares. Esta autoridad es investida sobre los policías desde las estructuras de poder que no les pertenecen pero que temporalmente habitan. El policía interpela a quien va a detener, pero a su vez es interpelado desde “arriba” para que defienda y reproduzca un orden que no le pertenece. Es ahí donde radica su estatus de clase.

Menos evidente es la porosidad de las fronteras en relación con la orientación sexual y la identidad y expresión de género. Si en los prejuicios de clase la policía impone su autoridad para ganar beneficios o un estatus diferente al de lxs detenidos frente a sus pares y superiores, en los espacios relativos a la orientación sexual y la identidad y expresión de género, el asunto del estatus incluye reafirmar formas de masculinidad hegemónica. Lxs agentes seleccionan y ejercen violencia sobre los cuerpos transgresores para marcar una diferencia que es siempre dudosa⁶⁰.

En su valioso informe sobre violencia contra personas LGBT⁶¹ de 2015 la CIDH documentó múltiples casos de detenciones arbitrarias motivadas por supuesto “escándalo público” o porque la policía consideraba que la mera presencia de ciertos cuerpos constituía una amenaza para la “moral pública”. El informe confirma el arresto de personas únicamente sobre la base de su apariencia, la forma en que visten o su expresión de género. Pero, tal vez lo más importante que hizo este informe

59 Hay desarrollos al respecto en Valverde (2010); Ignatieff (2012); y Freud (1981), entre otros.

60 Para un recuento detallado de la masculinidad en relación con casos de violencia por orientación sexual, identidad y expresión de género percibidos, ver Gómez (2021).

61 Para ver datos actualizados de violencia policial basados en orientación sexual, identidad y expresión de género: Colombia Diversa (2019, 2020a, 2020b); Caribe Afirmativo (2021). Para ver datos sobre homicidios: Colombia Diversa (2012; 2019). Para ver reportes en Argentina: <https://agenciapresentes.org/2019/03/19/en-argentina-se-reportaron-147-crimenes-de-odio-contra-lgbt-en-2018/>

fue observar y generar evidencia sobre cómo “la policía y otras fuerzas de seguridad —legalmente facultadas para mantener el orden público— comparten las mismas actitudes y prejuicios contra las personas LGBT que prevalecen en la sociedad en general”⁶². *Fernández Prieto y Tumbeiro* es un ejemplo de cómo esta observación es extensiva a otras diferencias que se perciben amenazantes.

El prejuicio opera por estereotipos, todas las personas pueden predicar de sí mismas, por ejemplo, una orientación sexual, una identidad de género, una clase social o un origen nacional, todas estas consagradas en muchos sistemas jurídicos y en los tratados internacionales de derechos humanos como categorías protegidas contra la discriminación. Pero la operación del prejuicio consiste en instalar estereotipos, por lo general negativos, para definir la totalidad de estas categorías. Por ejemplo, en el caso de la Corte IDH *Atala Riffo e hijas vs. Chile* en 2012, el recuento del proceso de la jueza Karen Atala por la custodia de sus hijas menores dio pie para que en varias instancias jurídicas nacionales la orientación sexual de Atala se tornara en una cadena metonímica de promiscuidad, comportamiento impropio, incapacidad materna, amenaza de transmisión de enfermedades y falta de empatía, todas nociones utilizadas para definir el significante “lesbiana” con esos contenidos⁶³. Dicho de otra manera, el prejuicio actúa imponiendo estereotipos que terminan tomando el lugar de la identidad⁶⁴. En el caso *Azul Rojas Marín*⁶⁵, la detención para “averiguar identidad” se produjo porque la víctima fue percibida como transgresora del orden heterosexual. Cuenta la víctima que, después de desnudarle a la fuerza, uno de los policías le dijo: “te cagaste cabro concha de tu madre, te gusta la pinga”⁶⁶, esta expresión adquiere un sentido negativo y discriminatorio y estigmatiza de manera diferencial, es decir, a ciertos cuerpos y determinadas prácticas sexuales. Así, una autoridad con poder para “hacer cosas con palabras”⁶⁷ detiene, desnuda, hace creíble una amenaza, priva de la libertad y la justifica imponiendo a la víctima una identidad que transporta su prejuicio.

62 Cfr. CIDH, informe violencia contra personas LGBT, 2015, párr. 131; ver nota 61 sobre datos de violencia policial basados en orientación sexual, identidad y expresión de género.

63 Corte IDH, caso *Atala Riffo vs. Chile*, sentencia del 24/02/2012 (Fondo).

64 Cfr. Corte IDH, Audiencia pública (parte 1) *Azul Rojas Marín vs. Perú*, del 27/08/2019, minuto 178 a 257,42; Gómez, 2016; 2019a; 2019b).

65 En este caso la Corte declaró responsable internacionalmente al Estado peruano por la privación de la libertad arbitraria y discriminatoria contra Azul Rojas Marín, quien fue detenida en 2008 por agentes de policía supuestamente con fines de identificación, quienes la obligaron a entrar a un carro, la golpearon, desnudaron, insultaron y violaron. La Corte, en este caso, determinó que dichos abusos y agresiones, de los que fue víctima Azul, constituyeron como un acto de tortura por parte de los agentes de policía, dada la intencionalidad de los actos, su gravedad y el sufrimiento padecido por Azul.

66 Cfr. CIDH. *Azul Rojas Marín*, Perú, informe de fondo del 24/02/2018.

67 La expresión es del filósofo John Austin (2016) sobre el poder performativo del lenguaje.

En *Fernández Prieto y Tumbeiro*, ya he señalado, el prejuicio se hizo evidente también en el acto de selección que hicieron los agentes al detenerlos sin orden judicial ni flagrancia. En ambos casos, lo que primó fue un prejuicio de clase y lo que se les impuso fue el modo como los agentes percibieron la inadecuación de Fernández Prieto y Tumbeiro en determinados espacios públicos. Si bien Fernández Prieto fue detenido para hacer una requisita y Tumbeiro para averiguar identidad, la operación del prejuicio en la selección de ciertos cuerpos lo que hace es volver toda detención arbitraria un acto que impone identidades. La solicitud de documentos oficiales individualiza, pero es un acto secundario y en cierta medida inútil frente al acto inicial de marcar con el estereotipo la identidad del detenido. Si no hay fundamento para detener a alguien excepto aquello que los agentes perciben de la persona, esta percepción adjudica *a priori* una identidad al detenido, identidad de clase, de orientación sexual, de identidad de género, y así, la identidad interpela y produce sus sujetos desde el orden de los prejuicios. Y como lo señala el caso *Bulacio* (2003), la detención por averiguación de identidad tiende a ser automática, se naturaliza y se espera como parte del ejercicio policial de mantener el orden.

Hago aquí un breve paréntesis para aclarar que mi argumento sobre la imposición de identidad desde el prejuicio se basa en la distinción lacaniana entre identidad e identificaciones⁶⁸. La identidad es esa imposible carrera hacia la determinación, abierta e irrenunciable; la identificación, es nuestro ejercicio de libertad ambigua, como diría Ernesto Laclau; la identificación es la manera como caminamos la contingencia de esa identidad imposible, es el gesto político de hacer opciones que nos puedan situar aún en la in-necesidad y el cambio. Pero, el prejuicio terco y controlador insiste en fijar identidades sobre las personas y lo hace no sólo con el lenguaje informal sino con toda la fuerza de instituciones y sistemas normativos formales, como el derecho. Así, pues, la identidad se impone desde afuera, con propósitos de fijar, controlar, jerarquizar o excluir. Por el contrario, las identificaciones, es decir, la manera como podemos auto-definirnos en relación con una categoría tienen que ver con gestos de resistencia a la imposición externa de la identidad. No he revisado en detalle cómo funciona este argumento en asuntos de clase, pero sí en relación con la violencia basada en orientación sexual e identidad de género. Por ejemplo, en muchas leyes contra la violencia por prejuicio en los Estados Unidos, donde existen en diversos formatos desde finales del siglo XX, la redacción sugerida por la Anti-Defamation League (ADL) para tipificar la conducta violenta perjudiciada dice: “un crimen por predisposición (*bias*) refiere a aquella conducta violenta ejercida contra un individuo o grupo de individuos en razón de su raza, color, religión, origen nacional, edad, discapacidad, orientación sexual o género *real o percibida*” (ADL, 2012). Mi argumento es que la diferencia entre la característica *real* y la *per-*

68 Ver: Evans (2000), Stravrakakis (2007); Gómez (2017, 2019a).

cibida equivale a la diferencia entre quién emite o nombra tal característica. Es real si unx la dice de sí mismx pero es percibida si proviene de la mirada del otrx⁶⁹.

Entro en estas reflexiones aquí, un poco fuera de lugar y seguro insuficientes, pero lo hago para afianzar el que considero el argumento fundamental para investigar y dismantelar los prejuicios: *el prejuicio proviene de la mirada del perpetrador/ofensor, desu sistema social de percepción y no de una característica real o imaginada del cuerpo, de la actitud o de la expresión de la víctima* (Gómez 2019a, 2019b)⁷⁰.

Todo este camino para volver al asunto de la discrecionalidad policial en las detenciones sin flagrancia o investigación previa. Sopesar situaciones y tomar decisiones sobre como proceder ante ellas es una práctica inalienable en cualquier situación humana, ¿por qué no habría de serlo para la función policial? Tomar decisiones ante situaciones diarias no es un ejercicio exacto e infalible, hay siempre un “excedente” que sólo podemos “anticipar” desde la experiencia y desde los fundamentos éticos y políticos en que nos movemos. La profesora Katherine Beckett señala que la policía y otros actores del sistema penal se enfrentan con frecuencia con situaciones que les exigen tomar decisiones (*judgement*) más allá de aplicar la ley. “Ni siquiera los más desarrollados reglamentos policiales, dice, pueden anticipar la complejidad de las situaciones que lxs agentes tiene que enfrentar cada día y eso exige un grado significativo de discrecionalidad” (Beckett, 2016, 78).

¿Qué es lo que hace que lo que prime en la discrecionalidad sea el cálculo de ver e imponer un prejuicio en el acto de detener y usarlo para “hacer estadísticas”? La policía es la “guardiana del orden” pero la artificialidad del orden impuesto es una fractura que no se puede llenar por completo sin declinar la función misma del agente. Esa fractura constitutiva de la norma abre el espacio ineludible de la discrecionalidad, pero, asimismo, por estar ligada a la norma, exige su cierre. ¿Dónde buscarlo?

La legitimidad, afirman Jean and John Comaroff, es un deseo más que un hecho (Comaroff, P. 10), por eso, la creación de prácticas policiales arbitrarias y sistemáticas para afianzar lo que es una aspiración es instrumental a la convicción auto-fundada de “su” legítimo actuar y “su” necesaria existencia; es el ejercicio de convertir por “su autoridad” lo percibido en real.

Esa indeterminación de la legitimidad es también su posibilidad de ser de otra manera. ¿Cómo puede escaparse el sujeto-policía de la estructura perjudiciada, de la naturalización de las hegemonías? La regulación de la discrecionalidad policial puede ser inexistente o laxa, puede limitarse y controlarse judicialmente, puede ceñirse a las normas de lo razonable, pero mientras subsista la función policial

69 Ver Gómez (2019a).

70 Este asunto ya ha sido sugerido por la Corte IDH en *Flor Freyre vs. Ecuador* y en la opinión consultiva OC-24 de 2017. Una revisión del disenso de la jueza Odio Benito en *Vicky Hernández vs. Honduras* (2021) es pertinente a este punto, pero amerita un artículo aparte.

unida a la prevención del desorden y con la prebenda de arrestar, parece imposible deshacerse de ella. Si subsiste para la arbitrariedad, lo que habría que hacer es atacarlo que la hace arbitraria y esto no es distinto de lo que hace perjudicado el espacio institucional y social que la informa. Tal transformación no se logra únicamente con la obligación de jueces y policías de producir órdenes de captura, es seguro que esto reduce algunas detenciones arbitrarias y eso vale la pena, pero no ataca *per se* el problema estructural⁷¹.

Conclusión

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado en *Fernández Prieto y Tumbeiro* hace que el rol de la Corte IDH aparezca con mayor claridad y más allá del caso particular. Como la Corte no se tiene que concentrar en resolver una controversia ya saldada, su jurisprudencia enfatiza, por *repetición*⁷², la responsabilidad de los Estados y de los órdenes jurídicos nacionales para adecuarse a los derechos consagrados en la Convención. Es decir, hacer control de convencionalidad y ratificar las consecuencias para los Estados cuando incumplen sus obligaciones. Es propio de esta jurisprudencia analizar por qué lo que el Estado reconoce como insuficiencia normativa va en contra de la Convención, corroborar los problemas normativos que aún se presentan y sustentar las medidas de no-repetición y las reparaciones. También, y aún ante la ausencia de controversia derivada del reconocimiento de responsabilidad estatal, la función de la Corte es proveer el punto nodal, para usar la expresión de Laclau y Mouffe⁷³, y cerrar, al menos parcialmente, la cadena de interpretaciones sobre el asunto en cuestión, es decir producir y/o ratificar sus estándares. Son los estándares pronunciados por la Corte IDH, los que hacen visibles los prejuicios que los Estados naturalizan y nos recuerdan que de ese camino hay retorno y esperanza de no-repetición.

71 Una transformación de las fuentes de la injusticia social, como lo señala Nancy Fraser (1997 y 2013), no se refiere a una revolución. Reducir los prejuicios y su impacto, sobre todo, en los discursos estatales y sus agentes es más posible que acabar con ellos. En otras palabras, es posible diseñar soluciones a corto plazo, reformas adecuadas al contexto, que a la larga transformen la cultura policial. Un documento muy interesante al respecto porque propone diez ideas a nivel administrativo y no legal ni constitucional para reducir el abuso policial es Cabarcas et al. (2021).

72 Recordemos a Freud cuando señala la repetición en el origen del orden, ver pág. 9 de este trabajo.

73 Punto nodal (el '*point de capiton*' lacaniano) es el punto de cierre en una cadena de significantes. La teoría de la hegemonía de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe (2015), define al punto nodal como el punto discursivo privilegiado de fijación parcial de sentido en una estructura discursiva hegemónica, en este caso la jurisprudencia de la Corte IDH, como instancia última del discurso de los derechos humanos en la región.

Lo dijo de manera muy sugerente el sociólogo Stanley Cohen:

Sospecho profundamente del concepto de los derechos y del modelo de la legalidad estricta. Pero... cuando uno se da cuenta de que no se puede ser indiferente ni limitarse a gritar mientras ve cómo se hacen cosas terribles que luego son negadas, hay que exponerlo de una manera informada. Los derechos humanos nos dan esa opción. Es más, los derechos humanos pueden ser la única meta-narrativa que nos queda. Para bien o para mal, se han convertido en un eslogan enormemente empoderador... Y si ya no podemos confiar más en la religión, en la política o en los sindicatos para proporcionar una meta-narrativa, ¿entonces por qué no probar con los derechos humanos? (Cohen, citado en Taylor, 2005, 87-88)⁷⁴.

Bibliografía

- Adorno, Theodor W. 2009. "Estudios sobre la personalidad autoritaria". En: *Escritos Sociológicos II, vol. 1.*, 153-264. Madrid: Akal.
- Alexander, Jeffrey. 2000. *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial. Análisis multidimensional*. Barcelona: Gedisa.
- Aristóteles. 2014. *Ética a Nicómaco*. Barcelona: Gredos.
- Atienza, Manuel. 1987. "Para una razonable definición de «razonable»". *Doxa*, 4: 189-200.
- Atienza, Manuel. 1989. "Sobre lo razonable en el derecho". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9 (27): 93-110.
- Austin, John L. 2016. *Cómo hacer cosas con palabras*.
- Bauman, Zygmunt. 2000. "Social Issues of Law and Order". *The British Journal of Criminology*, 40 (2): 205-221. <https://doi.org/10.1093/bjc/40.2.205>.
- Becket, Katherine. 2016. "The Uses and Abuses of Police Discretion: Toward Harm Reduction Policing". *Law, Societies & Justice*, 10(1): 77-100.
- Benjamín, Walter. 1991. *Para una crítica de la violencia* (traducción de J. Blatt Weinstein). Madrid: Taurus.
- Berk, Richard A., Elizabeth A. Boyd y Karl M. Hammer. 1992. "Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes" en Gregory Herek y Kevin T. Berrill, eds., *Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*, Newbury Park: Sage Publications.
- Bernal Ballesteros, María José. (2019). "La función policial desde la perspectiva de los derechos humanos y la ética pública". *Revista IUS*, 13(44), 251-280. <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/441/692>.

74 Traducción de la autora.

Bourdieu, Pierre. 1985. "The Genesis of Concepts of Habitus and Field". *Sociocriticism, Theories and Perspectives*, 2(2): 11-24.

Bourdieu, Pierre. 1999. "Sur le Pouvoir Symbolique". *Annales*, 3: 405-411.

Butler, Judith. 2007. *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.

Cabarcas, Gina; De Zubiría, Santiago; Durán, Juanita; Lalinde, Sebastián; La Roca, Miguel; Vásquez, Tomás. 2021. *Diez ideas para reducir el abuso policial. Evidencia sobre propuestas operativas*. Laboratorio de Justicia y Política Criminal. <https://labjpc.org/media/Diez%20ideas%20para%20reducir%20el%20abuso%20policial%20-%20LJPC.pdf>.

Cohen, Stanley. 2002. *States of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*. Cambridge: Polity Press.

Comaroff, Jean; Comaroff, Jhon L. 2016. *The Truth About Crime. Sovereignty, Knowledge, Social Order*. Chicago: The University of Chicago Press.

Durkheim, Emile. 2012. *El suicidio*. Madrid: Akal.

Durkheim, Emile. 2013. *La división del trabajo social*. Buenos Aires: Ediciones Lea.

Durkheim, Emile. 2019. *Las reglas del método sociológico y otros ensayos de metodología*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

DuVernay, Ava. dir. 2016. *13th*[Documental; video online]. Original de Netflix.

Evans, Dylan. 2000. *Diccionario introductorio de psicoanálisis lacaniano*. Barcelona: Paidós.

Foucault, Michel. 2009. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.

Fraser, Nancy. 1997. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Fraser, Nancy. 2013. *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. New York: Verso.

Freud, Sigmund. 1930. *El Malestar en la Cultura*, reproducido completamente en Brauns-
stein, Néstor A. 1981. *A medio siglo de El malestar en la cultura de Sigmund Freud*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.

Garland, David. 2012. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

Garland, David. 2015. On Penal Populism. [Charla con la Vera Institute of Justice; video online]. <https://youtu.be/5rDo5RSNFJs>.

Gómez, Andrés; Proaño, Fernanda. 2012. "Entrevista a Máximo Sozzo: '¿Qué es el populismo penal?'" *Urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 11: 117-122. <https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1162>.

Gómez, María Mercedes. 2006. "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia". En: *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, editado por Luisa Cabal y Cristina Motta, 19-55. Bogotá: CESO-Universidad de los Andes, Red Alas y Siglo del Hombre Editores.

- Gómez, María Mercedes. 2007. "Homofobia y psicoanálisis: entre lo secreto y lo público". *Revista de Estudios Sociales RES*, (28): 72-85.
- Gómez, María Mercedes. 2008. "Violencia por prejuicio". En: *La mirada de los jueces: sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, tomo 2, editado por Cristina Motta y Macarena Sáez, 89-190. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College, Center for Reproductive Rights, Red Alas.
- Gómez, María Mercedes. 2016. *Reflexiones sobre el prejuicio: I. ¿qué es el prejuicio? Y II. ¿Cómo funciona el prejuicio?* [Charla; video online]. Aula Virtual Red Alas. <https://vimeo.com/169858719> y <https://vimeo.com/169849151>.
- Gómez, María Mercedes. 2019 a. "Problemática de la violencia contra personas con orientación sexual o identidad de género no normativas en Latinoamérica. En: *Clínica Forense para la práctica basada en enfoques diferenciales de atención*, editado por Nelson Ricardo Téllez. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Gómez, María Mercedes. 2019 b. Perita de la CIDH ante la Corte IDH, 62° periodo extraordinario de sesiones. Barranquilla, 27 de agosto. [Testimonio, video online]. <https://vimeo.com/347339620>.
- Gómez, María Mercedes. 2021. "Masculinidad y violencia". En: *Sexo, violencia y castigo*, editado por Isabel Cristina Jaramillo y María Camila Correa, 301-341. Bogotá: Ediciones Didot, Universidad de los Andes (colección Derecho, Género y Sexualidad).
- Ignatieff, Michael. 2012. *Sangre y pertenencia. Viajes al nuevo nacionalismo*. España: El Hombre del Tres.
- Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal. 2015. *Hegemonía y estrategia socialista*. Madrid: Siglo XXI.
- Laplanche, Jean; Pontalis, Jean-Bertrand. 1981. *Diccionario de Psicoanálisis*. Barcelona: Editorial Labor.
- Lawrence, Frederick M. *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*. Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1999. Print.
- Memmi, Albert. 1971. *Dominated Men*. Boston: Beacon Press.
- Stallybrass, Peter. 1990. "Marx and Heterogeneity: Thinking the Lumpenproletariat". *Representations* 31: 69-95. <https://doi.org/10.2307/2928400>.
- Stavrakakis, Yannis. 2007. *Lacan y lo político*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Taylor, L. 2005. "The Other Side of the Street". *Social Justice*, 32(100): 82-88.
- Thompson, J. Phillip. 2015. "Broken Policing: The Origins of the 'Broken Windows' Policy". *New Labor Forum*, 24(2): 42-47.
- Valverde, Mariana. 2010. *The Force of Law*. Toronto, Berkley: Groundwood Books, House of Anansi Press.
- Weber, Max. 1982. "La política como vocación". En: *Escritos Políticos II*, 308-364. Buenos Aires: Folios Ediciones.

Wilson, James; Kelling, George L. 1982. "Broken Windows. The police and neighborhood safety". *The Atlantic Monthly*. https://urbanpolicy.net/wp-content/uploads/2012/11/Kelling+Wilson_1982_BrokenWindows_policing.pdf.

Wortley, Scot. 2019. *Halifax, Nova Scotia: Street Checks Report*. Marzo de 2019. Toronto: Human Rights Commission, Center for Criminology & Sociolegal Studies. https://human-rights.novascotia.ca/sites/default/files/editor-uploads/halifax_street_checks_report_march_2019_0.pdf.

Žižek, Slavoj. 1994. *The Metastases of Enjoyment. Six Essays on Women and Causality*. New York: Verso.

Artículos en periódicos y organizaciones de derechos humanos

(s.a). 2021. "Suiza es más tranquilo, pero más aburrido: ministra de seguridad de Argentina". *El Espectador*, 31 de agosto. <https://www.elespectador.com/mundo/america/suiza-es-mas-tranquilo-pero-mas-aburrido-ministra-de-seguridad-de-argentina/>.

(s.a.). 2018. "Rafael Uribe Noguera y sus nuevos compañeros en la cárcel de Valledupar". *El Espectador*, 5 de febrero. <https://www.elespectador.com/bogota/rafael-uribe-noguera-y-sus-nuevos-companeros-en-la-carcel-de-valledupar-article-737334/>.

(s.a.). 2021. "Las nuevas conductas "gravísimas" que contempla la iniciativa de reforma policial". *El Espectador*, 22 de julio. <https://www.elespectador.com/judicial/las-nuevas-conductas-gravisimas-que-contempla-la-iniciativa-de-reforma-policial/>.

Caribe Afirmativo, Colombia Diversa, Fundación Santamaría. 2015. *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad*. Informe de violencia hacia personas LGBT en Colombia. <https://colombiadiversa.org/ddhh-lgbt/Informe-Violencia-LGBT-Colombia-DDHH-2015.pdf>.

Caribe Afirmativo, Enterezaz. 2018. *Mejorando la respuesta a casos de violencia contra mujeres lesbianas, bisexuales y trans*. https://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2018/10/A-0539_OS_Investigacion-enterezazBAJA.pdf.

Caribe Afirmativo. 2019. *¡Nosotras resistimos!* Informe sobre violencias contra personas LGBT en el marco del conflicto armado en Colombia entregado a la Comisión de la Verdad. <https://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2019/09/¡Nosotras-Resistimos-Informe-sobre-violencias-contras-personas-LGBT-en-el-marco-del-conflicto-armado-en-Colombia-web.pdf>.

Caribe Afirmativo. 2021. "Organizaciones de derechos de las mujeres y de personas LGBTIQ presentan informes a la CIDH sobre violaciones a los derechos humanos en medio de las manifestaciones". 9 de junio. <https://caribeafirmativo.lgbt/organizaciones-de-derechos-de-las-mujeres-y-de-personas-lgbtiq-presentan-informes-a-la-cidh-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-medio-de-las-manifestaciones/>.

Colombia Diversa. 2012. *Cuando el prejuicio mata. Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia*. https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/01/Cuando-el-prejuicio-mata_colombia-diversa-informe-dh-2012.pdf.

Colombia Diversa. 2019. *Más que cifras. Informe de derechos humanos de personas LGBT en Colombia 2019*. <https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/03/Mas-que-cifras.pdf>.

Colombia Diversa. 2020. *¿Quién nos va a contar? Informe para la Comisión de la Verdad sobre experiencias de personas LGBT en el conflicto armado colombiano*. https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/01/quien-nos-va-a-contar_informe-para-la-CEV_victimas_lgbt_conflicto_armado_documento.pdf.

Colombia Diversa. 2020a. *Así van las cosas. Balance preliminar de la violencia contra persona LGBT en 2020*. <https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/03/Asi-van-las-cosas.pdf>.

Colombia Diversa. 2020b. *Los órdenes del prejuicio: los crímenes sistemáticamente contra personas LGBT en el conflicto armado en Colombia*. Informe presentado a la JEP. <https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2020/07/LIBRO-WEB-1.pdf>.

Goodman, Peter; Politi, Daniel. 2021. “Nos quedamos sin nada’: la miseria de Argentina durante la pandemia. *New York Times*, 21 de abril. <https://www.nytimes.com/es/2021/04/21/espanol/argentina-crisis.html>.

Liga contra la antidifamación (ADL). 2012. *ADL Approach to Hate Crime Legislation*. <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf>.

Lissardy, Gerardo. 2020. “Por qué América Latina es ‘la región más desigual del mundo’”. *BBC*, 6 de febrero. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51390621>.

ONG Temblores. 2021. Comunicados, Paro Nacional en Colombia. <https://www.temblores.org/comunicados>.

Presentes. 2019. “Argentina: 147 crímenes de odio contra personas LGBT en 2018”. 19 de marzo. <https://agenciapresentes.org/2019/03/19/en-argentina-se-reportaron-147-crime-nes-de-odio-contra-lgbt-en-2018/>.

WOLA. 2021. “Décadas de daño infligido: la catástrofe de la guerra contra las drogas en América Latina y el caribe”. *Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos*, 17 de julio. <https://www.wola.org/es/analisis/aniversario-guerra-contra-las-drogas-catastrofe/>.

Jurisprudencia y normativa extranjera

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-303 de 2019. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-303-19.htm>.

DANE, Colombia. 2020. Pobreza monetaria y pobreza monetaria extrema. Informe 2020. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-monetaria>.

JEP. 2021. “La JEP hace pública la estrategia de priorización dentro del Caso 03, conocido como el de falsos positivos”. Comunicado 019 de 2021. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-hace-pública-la-estrategia-de-priorización-dentro-del-Caso-03,-conocido-como-el-de-falsos-positivos.aspx>.

Jurisprudencia internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Azul Rojas Marín vs. Perú*, Informe de Fondo No. 24/18, Caso 12.982, 24 de febrero de 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, Informe de Fondo No. 129/17, Caso 12.315, 25 de octubre de 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. *Violencia contra personas LGBTI*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.

Corte IDH, caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410.

Corte IDH, caso *Atala Riffo vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH, caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

Corte IDH, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 9 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

Corte IDH, caso *Grangaram vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 1622.

Corte IDH, caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422.

Corte IDH. 2020. *Libertad personal*, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8, San José: Corte IDH, Cooperación Alemana GIZ. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.

Corte IDH. Audiencia pública caso *Fernández Prieto y Tumbeiro*, 11 de marzo de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=MaMPTUHvijM>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gillan y Quinton vs. Reino Unido*, demanda no. 4158/2005, sentencia del 12 de enero de 2010.

Documentos y normas de organismos internacionales

Atienza, Manuel y Vigó, Rodolfo. 2006. Presentación del Código Iberoamericano de Ética Judicial. https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/cÓdigo_ibe-roamericano_de_Ética_judicial.pdf.

Código de Bangalore sobre Conducta Judicial. Revisado y suscrito en La Haya – Países Bajos en la Reunión de Presidentes de Tribunales Superiores el 25 y 26 de noviembre de 2002. Realizado por el Grupo Judicial de reforzamiento de la Integridad Judicial en 2021.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969.

Sofía Tiscornia

Antropóloga. Doctora en Antropología Social por la Universidad de Buenos Aires.

“Hay una muy fuerte carga de detención por clase social y por estereotipos”

El día 11 de marzo de 2020, la perita experta Sofía Tiscornia, propuesta por la representación de las víctimas, declaró en la audiencia pública del caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En aquella oportunidad, Sofía Tiscornia fue convocada para explicar, desde una perspectiva antropológica, las prácticas de las fuerzas de seguridad en la detención de personas en la vía pública por “actitud sospechosa” y las respuestas de la justicia ante este tipo de detenciones. A continuación, se transcriben algunos de los pasajes su intervención¹.

El contexto histórico de las detenciones de Fernández Prieto y Tumbeiro

“La detención policial de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro ocurre durante la década de los años noventa. Hacia mediados de los años ochenta, poco tiempo después de comenzado el gobierno democrático -signado en buena medida por el juzgamiento a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura- organizaciones de derechos humanos, activistas sociales y académicos, comienzan una serie de acciones de sensibilización y estudios acerca de las facultades policiales de detener personas sin orden judicial y sin que estas estén cometiendo un delito flagrante”.

“Estos estudios demuestran que las policías estaban y están habilitadas para detener personas en esas condiciones, según las leyes orgánicas y [los] diversos protocolos administrativos, a través de las figuras de detención por averiguación de identidad y en procedimientos tales como razzias, requisas y retenes. Asimismo, estándares imprecisos se repiten en los códigos procesales habilitando judicialmente

1 El trabajo de desgrabado de esta declaración fue realizado por Camila Vicintin, integrante de la Secretaría General de Jurisprudencia y Capacitación del Ministerio Público de la Defensa.

estas prácticas de intervención policial. Así, si bien tales prácticas están normadas, lo están en forma imprecisa, y la mayor parte de la población desconoce los límites y condiciones de éstas. A ello se suma que un pasado de autoritarismo militar y policial ha naturalizado el poder de policía, en particular, sobre los grupos más pobres, o para el control de la disidencia política y el activismo social”.

Tres características de las detenciones policiales por “olfato policial”

“[Existen] tres características de este tipo de prácticas que afectan particularmente los Derechos Humanos de las personas [...]. En primer lugar, la vaguedad de las normas y prácticas que estamos cuestionando y que afectan a una gran cantidad de ciudadanos. Si bien no existen en el país estadísticas oficiales sistemáticas, una serie de estudios puntuales y locales dan cuenta de su masividad. Paralelamente, en ellos se demuestran los objetivos declarados de estas prácticas. La prevención del delito lejos está de cumplirse y responde antes bien, en muchos casos, a fines espurios, como el control de actividades de la pobreza para provecho de las fuerzas de seguridad, o bien, para responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos”.

“En el lenguaje burocrático policial, se llama “detener para hacer estadística”, o bien, en las peores prácticas, para fraguar delitos o inculpar [a] personas inocentes y desprotegidas. Ello así, porque los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y la particularidad de las circunstancias de las detenciones. Ello importa porque una identificación no formulada de las causas de detención habilitarían el control certero posterior de las mismas. Sin embargo, el uso de clichés tales como “gestos nerviosos”, “acelerar el paso”, “esquivar la mirada policial”, “merodear por las inmediaciones”, “alejarse del sitio en forma presurosa”, o “quedarse parado en una esquina”, sólo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas.

La segunda característica de este tipo de prácticas es el escaso -cuando no nulo- control judicial de las detenciones policiales. A este respecto quiero señalar dos circunstancias. La primera, respecto de las detenciones por averiguación de identidad según la ley n° 23.950 por la que las policías pueden detener personas si hay circunstancias debidamente fundadas [de] que puedan cometer un hecho delictivo y no acreditar su identidad, dando aviso inmediato al juez. En los estudios realizados, se demuestra que la mayor parte de los juzgados entiende que tales comunicaciones son sólo un recaudo administrativo, y por ello no hay control judicial sobre ellas. Amén que por su gran número dicho control es casi imposible. Ello resulta en que no hay cuestionamiento alguno de lo que ocurre con estas detenciones. En los muy escasos casos en que un juzgado dispone controlar estas detenciones exigen-

do una serie de recaudos a consignar en las actas, los policías cesan de detener. Esto es, cuando el control se exige explícitamente la cantidad de detenidos disminuye en forma notoria o se suspenden directamente. Sin embargo, estas circunstancias ocurren muy raramente. Lo habitual es que los tribunales acepten las versiones policiales o procesen burocrática y tardíamente las actas de detención elevadas.

mismo sucede con las detenciones por razzias, retenes y requisas [...]. En todos estos casos es común que los tribunales acepten las versiones policiales de las razones de detención. La vaguedad de indeterminación del lenguaje y la explicitación de las circunstancias resultan [en] que el control judicial de las mismas es prácticamente imposible. Paralelamente, dado que dicho control es generalmente tardío, los expedientes se archivan sin ser revisados o los procesamientos continúan sin el debido control. Esto resulta en que un número relevante de personas son detenidas, demoradas, revisadas y requisadas, cuando no procesadas, sin que estas acciones tengan consecuencias legales.

Las personas que sufren este tipo de prácticas policiales pertenecen a los grupos más vulnerables y no cuentan, por otra parte, con los recursos y el tiempo necesario para iniciar una acción judicial y reclamar por los abusos sufridos, sean estos demoras en llegar al trabajo, detenciones en comisarías y destacamentos sin fundamento, hostigamiento y humillaciones, cuando no torturas y malos tratos.

Una vez ingresados al sistema de justicia, los motivos explicitados por las policías y fuerzas de seguridad para justificar la detención son todas las expresiones que pueden entenderse como derivaciones del término genérico de “actitud sospechosa”. La sospecha entonces, más que fundar o dar origen a la intervención policial, la legítima a posteriori en los estrados judiciales acoplándose a argumentos legales difusos.

Así, la baja precisión respecto a los motivos de detención fundados en un bajo estándar de sospechas acentúa la ambigüedad de la condición entre lo formal e informal, lo legal e ilegal, lo oficial y lo oficioso, y los casos se resuelven, en buena medida, según la clase social y el estereotipo de quienes están envueltos en el conflicto o en la situación. Esto es, según los rasgos físicos, las actitudes corporales, las formas de vestir, el aspecto personal. Estas rutinas resultan en la conformación de una versión policial y oficial de los hechos que suele cristalizar en una verdad jurídica.

En tercer lugar, quiero señalar que el aval a las detenciones de personas por sospecha, por “olfato policial”, por estereotipo [...] se ha agravado en forma notoria luego de los fallos [de la Corte Suprema de Justicia de la Nación] “Fernández Prieto” y “Tumbeiro”. Si bien en Argentina los tribunales inferiores no están obligados a seguir los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la práctica suelen hacerlo. Así, los fallos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro” han resultado en la aceptación de un estándar de sospecha policial, vago e impreciso que no es revisado por los tribunales aceptando las versiones y acciones policiales sin ser cuestiona-

das. Son muchos los casos que pueden probar lo que estoy afirmando, así como [son] innumerables también las decisiones de los tribunales que legitiman burocráticamente y sin mayores pruebas las detenciones de las fuerzas de seguridad sin orden judicial. Muchas normas vigentes contemplan tipos legales que habilitan una intervención policial a partir de indicios, “presumir razonablemente”, “indicios vehementes”, “circunstancias relevantes”, pero estos indicios se expresan bajo la retórica de la sospecha”.

Las detenciones policiales “por sospecha” en la actualidad

“Nuestra historia reciente ha dado numerosas muestras de que sostener un bajo estándar de sospecha ha resultado en la legitimación de controles poblacionales abusivos, hostigamientos a jóvenes y trabajadores pobres, detenciones sin registros, allanamientos y requisas sin controles, cuando no en muertes y torturas. Este tipo de fallos habilita a los tribunales a aceptar versiones policiales sin investigar y juzgando, entonces, sobre valores morales asociados al estilo de vida de las personas, y no sobre los hechos ocurridos. En definitiva, violando gravemente los derechos humanos de un número importantísimo de personas”.

“Estas prácticas [...] continúan. En algunos casos, se han agravado y sin duda que afectan a un número muy grande de personas. [...] [E]xiste un fuerte patrón territorial. Este tipo de detenciones se hace fundamentalmente en los barrios populares sobre las personas de menores recursos, o en determinadas zonas. Este patrón territorial es un patrón que se aplica fundamentalmente por estereotipos, por clase social, fundamentalmente. O sea, una persona de clase media alta, de edad mediana seguramente no va a ser nunca detenida por este tipo de figuras. En cambio, un joven pobre, o un joven en un recital de rock, o en una manifestación política, puede ser -y de hecho [lo] es, reiteradamente- detenido por estas figuras”.

Las detenciones policiales y la prevención del delito

“[E]n el discurso policial estas figuras se usan fundamentalmente para decir que se está previniendo el delito. Sin embargo, [...] [realizamos] nuestros estudios [...] en base a la compulsión de actas contravencionales elevadas a los juzgados [...]. Está demostrado que no hay una correlación entre la cantidad de detenciones y la ocurrencia de delitos. Por lo tanto, pensar que tiene un fin preventivo [...] resulta cuanto menos cuestionable o falaz. Por otra parte, también es cierto que, al no existir estadísticas y al no poder desarrollar cuáles son los argumentos de la detención, mal podemos pensar que pueden prevenir un delito. Porque no pueden ser revisadas para ver si efectivamente en esa zona donde se están aplicando ocurren hechos delictivos en forma reiterada que hagan que esto sea necesario. Entonces, se hacen más bien para responder o a demandas vecinales o a demandas mediáticas. Esto

también está probado en nuestros estudios. Cuando hay fuertes demandas mediáticas de seguridad aumenta el número de detenciones en determinadas zonas, o [si] un grupo de vecinos en un barrio con influencia sobre la comisaría lo solicita. Pero son más bien por cuestiones puntuales y no por una planificación sobre el problema que dicen querer atacar”.

“Esto que la policía llama el “olfato policial” [...]. [S]in duda [...] la policía detiene fundamentalmente por formas de vestir, por actitudes corporales. Todos sabemos que los distintos grupos sociales manifestamos actitudes corporales diferentes, entonces, un joven de un barrio popular que está caminando por una zona residencial seguramente tiene un cien por ciento de posibilidades de ser detenido, y lo es exclusivamente por estereotipos. Es más, en nuestros estudios, han aparecido veces de que chicos de clase media usan vestimenta de gente pobre y son detenidos. Cuando descubren su identidad, son dejados en libertad. O sea, hay una muy fuerte carga de detención por clase social y por estereotipos. La policía responde sin dudas a esta forma de funcionamiento”.

“[E]n el estudio que nosotros hicimos durante los años noventa, justamente para las mismas épocas que ocurren los hechos [de] [...] este juicio, las fórmulas eran clichés. Muchas veces, contradictorios. Entonces, era por estar caminando en zona bancaria, o por estar caminando en una zona céntrica, o por caminar mirando las vidrieras, o por denotar nerviosismo, o por estar tranquilo parado en una esquina sin notar la presencia policial. O sea, la vaguedad es tan grande que en realidad permite cualquier conducta. Son clichés de cualquier persona que camina tranquilamente por la calle. Y denotar nerviosismo ante la presencia policial siendo joven en mi país no es una conducta que denote nada en la persona más que una realidad: que puede ser detenida”.

Las detenciones policiales para “hacer estadística”

“[N]osotros este estudio lo hicimos [con] un equipo de antropología con un grupo de jueces que estaban sin dudas preocupados por la gran cantidad de actas contravencionales que recibían y que no podían controlar. Entonces, en uno de estos juzgados se decide que, durante su turno, la policía, si va a detener por averiguación de identidad, tiene que hacer un acta donde explicita en forma muy detallada cuáles son las razones. Durante ese turno no hubo ninguna detención. Esto demuestra a las claras que cuando hay un control, la policía cambia de actitud. ¿Por qué? Porque está deteniendo para “hacer estadística”, porque está respondiendo muchas veces a demandas de su propia superioridad, de demostrar que la policía trabaja y ¿cómo trabaja? Deteniendo personas. ¿Esas personas son un peligro? No, no lo son. Pero hay una estadística, una cuestión burocrática, que lleva a que esto suceda. Eso es lo tremendo. Que hay personas que sufren hostigamiento, detenciones, encierro,

malos tratos, sólo por una cuestión de burocracia administrativa. Esto en los casos más sencillos, por supuesto, en la masividad de estas detenciones. Después hay casos más graves donde estas detenciones terminan en tortura, malos tratos o imputación de delitos inexistentes”.

El impacto en la actuación policial de los fallos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

“[Los fallos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro” de la CSJN] sin duda tuvieron un fuerte impacto en las fuerzas policiales y, sin duda, las fuerzas policiales se han sentido mucho más legitimadas para actuar de esta manera. Hay períodos en los que incluso hay un incremento de los casos. [...] [E]n nuestro trabajo de campo, [...] los propios policías [...] nos han dicho claramente “después de “Tumbeiro” nosotros podemos hacer esto”. Es más, es muy notable la cantidad de detenciones por droga con el argumento de luchar contra el narcotráfico. Lo que sucede es que se detiene, se hostiga y se maltrata a pequeñísimos consumidores, a personas que se presumen pueden ser consumidores, y esto constituye sin duda una cuestión gravísima”.

“[Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación] permean en una forma notable [el accionar policial]. Sin duda, [en] estos últimos años, la existencia de protocolos de actuación de las fuerzas policiales en donde se los habilita para requisas, para detenciones sin ningún tipo de control sólo por sospecha, han hecho que aumentarán en forma notoria el número de detenciones. Por otra parte, también aparecen en las órdenes del día de la policía, o sea son normas de bajísima jerarquía pero que están fundadas en que hay una Corte Suprema que lo ha habilitado. Entonces, [...] ese camino entre la norma administrativa, el protocolo de actuación, o sea lo más bajo en lo que podríamos llamar una jerarquía jurídica, tiene un hilo conductor muy notable con los fallos de la Corte Suprema”.

“[E]n general, un poco en cierta medida como el caso “Tumbeiro”, la policía detiene a las personas -o sea la detiene por sospecha, por denuncias anónimas, por estereotipo- y luego de la detención aparecen pequeñas cantidades de droga. Es muy difícil, entonces, comprobar si la persona las tenía, si esta tenencia era para el consumo o era relevante, o si fue armada por la policía. Por otra parte, también, se han realizado estudios sobre lo que se ha dado en llamar “los casos policiales fraguados”, que eran casos en donde la policía fraguaba los casos solamente para un efecto de propaganda policial, porque el delito no había existido nunca sino que se tomaba [a] una persona de muy bajos recursos [y] se lo llevaba engañado a un lugar. En ese lugar aparecía gran cantidad de droga o aparecían elementos robados. Eso se filmaba, salía en los medios, y entonces esa comisaría o este policía eran ascendidos. Una investigación del Ministerio Público Fiscal, en la que nosotros colaboramos tratando de identificar todos esos casos, demostró que todos esos casos, más de cien, eran

todos casos fraguados y la justicia no pudo investigar o no quiso investigar esas víctimas que no tenían absolutamente nada que ver con los hechos”.

“El problema es que, en estas causas, el sistema judicial acepta la versión policial. La acepta por varias razones. Primero, porque no son casos importantes [y] son muchísimos [...]. Segundo, la acepta porque no tiene forma de investigarlo. Entonces, una versión policial cristaliza en una verdad jurídica. Esto me parece que es lo grave [...]. O sea, la sospecha, el “olfato policial”, se convierte en una forma de construcción de una verdad jurídica. Esto me parece que es lo que viola tan gravemente los derechos humanos de las personas”.

El impacto de la demanda de seguridad en la agenda pública

“[L]a seguridad, desde los años noventa hasta ahora, es uno de los temas de agenda pública. Es un tema que se demanda en una forma muchas veces irracional, sin desmerecer que hay hechos de inseguridad. El problema es que es muy difícil enfrentarlo cuando la forma [...] es respondiendo con detenciones, porque hay una sensibilidad en la población que hace suponer que si detengo a muchas personas, el delito baja. Esto está demostrado que no es así. [...] [C]reo que hay fuertes razones burocráticas, la forma en que está organizado el trabajo policial. Es sobre lo que hay que trabajar. Por eso, es que pienso [que] una resolución de esta Corte que pueda poner límites a estas facultades policiales y [a] estas formas de actuación de los tribunales sin duda [...] va a redundar en una mayor vigencia de los derechos humanos y en una orientación de la lucha contra la inseguridad muchísimo más respetuosa y democrática”.

“Yo realmente estoy convencida de que de no existir las detenciones por sospecha, las detenciones por estereotipo, por un lado, los tribunales pueden abocarse a un trabajo mucho más serio con razones fundadas investigando los hechos, y no aceptando solamente las versiones policiales. A su vez, las policías pueden redirigir su acción a la investigación del delito, y no a responder a demandas de detener personas y mantenerlas en prisión. Por eso, realmente creo que si estas facultades policiales y esta forma de actuación de los tribunales son seriamente cuestionadas, vamos a avanzar notablemente en la vigencia de los derechos humanos”.

“El sistema judicial es parte del problema y como parte del problema debe ser parte de la solución. [S]in duda que es parte del problema, porque si los tribunales inferiores aceptan este tipo de fallos eso supone que no hay una investigación sobre los hechos. Hay una aceptación de las versiones policiales de los hechos. Entonces, no puede ser que el sistema judicial acepte la versión policial sin investigarla. No la investiga porque tampoco tiene forma de investigarla, y no tiene forma de investigarla porque no se le exige a la policía que precise cuáles han sido las circunstancias, las razones, los motivos de esas detenciones. No hay forma de reconstruirlo”.

El acceso y la producción de estadísticas sobre la actuación policial

“[Existe] la dificultad de los investigadores sociales para acceder a las estadísticas. Hay momentos en mi país en que hubo órdenes del ejecutivo de no brindar estadísticas que tuvieran que ver con el tema de seguridad. Más allá que esas estadísticas sí se producían, o sea se producían pero [...] para un “consumo interno” [...]. Esto es grave, sin duda, porque quita el acceso de las personas. La otra cuestión es la forma en que se confeccionan las estadísticas. Es muy difícil establecer series comparables a lo largo del tiempo y, por otro lado [...], si bien en el sistema federal hay una producción de estadísticas, no ocurre lo mismo en las provincias, donde las policías no hacen estadísticas o hacen estadísticas parciales. Entonces, ahí la reconstrucción se hace más bien a través de los libros de las comisarías, que son de muy difícil acceso”.

“[El] acceso y producción de las estadísticas es un tema que es muy importante que sea bien trabajado, revisado, que las estadísticas sean fiables, que, además, [exista] la posibilidad de que los científicos sociales y personas expertas en estadísticas participen en [su] confección [...]. Esto puede ser un tema de discusión pública, porque es una forma muy idónea de controlar la actuación de la policía, controlar la actuación de los tribunales y también hacer otro tipo de planificación de las políticas criminales”.

Las demandas de seguridad y los procedimientos policiales de detención

“Nosotros, en este estudio [...] referido y que hicimos para la misma época de estas detenciones [...], pusimos en relación demandas de seguridad mediáticas, cantidad de detenciones con ocurrencia de delitos, [...] [en] algunos momentos, demandas muy coyunturales. Como [...] cuando se derogan los edictos contravencionales de policía y, entonces, la policía inicia una campaña en contra de esta derogación. En ese momento, la policía detiene menos para demostrar que, sin esos edictos, sin esa atribución, la inseguridad iba a crecer. Y aumentan una serie de delitos puntuales muy sensacionalistas que luego se descubren, varios años después, que fueron armados por las policías. [...] [P]or supuesto son hipótesis lo que nosotros planteamos, correlacionando diferentes datos, pero [...] parecen demostrar que, ante determinadas coyunturas específicas, hay una respuesta policial, hay respuestas incentivadas por el ejecutivo -o no-, o hay respuestas a demandas muy locales de determinados grupos de vecinos en determinado barrio. [...] [L]o mismo sucede en algunos estudios realizados en las provincias argentinas, en donde se ha trabajado sobre detenciones en barrios populares incentivadas fundamentalmente por demandas de vecinos de barrios de clase media cercanos. Esas personas que eran detenidas, en general, eran los trabajadores que iban a su trabajo”.

“Lo que estamos impugnando acá es que la policía detiene y los tribunales convali-

dan detenciones de personas no porque estén cometiendo un delito sino porque la policía presume, sospecha y, luego, tardíamente, justifica su acción. No es porque haya un hecho delictivo. Si existe un hecho delictivo sin duda que la policía tiene que actuar. Por eso también la policía no explica las circunstancias de la detención. Si la policía explicara en forma precisa, objetiva, los motivos de la detención, los tribunales pueden después revisarlos. Si no hay una explicitación en donde se detalle cuáles son las razones por las que se detiene o se requisa o se allana a una persona, no hay forma de que los tribunales puedan revisarlo. Esto ocurre, según nuestros estudios, fundamentalmente porque se detiene a personas por la forma de vestir, por la forma de comportarse, por la clase social a la que pertenece, por las actitudes que tiene. O se la detiene porque hay, en un determinado momento, una demanda de que se detenga a cierto número de personas. Ahora, si esto ocurriera sobre la clase media, sería un escándalo porque la clase media [...] tiene una serie de instrumentos para negarse [...]. Ahora, ocurre sobre los sectores más pobres, sobre los sectores populares. Sobre esto, entonces, nadie se ocupa seriamente”.

Los procedimientos utilizados en la detención de mujeres

“[En] el estudio que nosotros realizamos en los años noventa incluimos la diferencia entre hombres y mujeres [detenidas]. El número de mujeres era bajísimo. Ahora, en estos últimos años, esta perspectiva ha cambiado. Fundamentalmente, hay un gran número de mujeres detenidas acusadas de narcotráfico, que son las conocidas en nuestro país como “mulas” o mujeres de sectores populares, de sectores pobres, que en el barrio son acusadas [...] [de vender] pequeñas cantidades de droga. Eso ha hecho que aumentara en forma notable la cantidad de mujeres, de mujeres con hijos, detenidas. En estos casos, como la forma en los procedimientos son los mismos, nos encontramos con el mismo problema, con que no hay una revisión judicial de los hechos, no hay forma de reconstruir cuáles han sido los hechos fehacientemente. Esto, entonces, sí ya adquiere otro cariz. Hay estudios realizados [...] con una perspectiva de género sobre la situación de mujeres, otra vez de sectores populares, que son detenidas por la policía, acusadas de estos delitos menores. La forma de procedimiento es la misma”.

