

COMENTARIO AL FALLO "VERA" DEL TSJ

Por Francisco Oneto

El fallo que me avocaré a analizar en las próximas líneas parece dividir la opinión pública en dos, aquellos que están a favor que la policía pueda proceder a identificar personas en la vía pública, y aquellos que no.-

Es claro que el personal policial tiene la facultad de proceder a la identificación de personas, pero siempre y cuando se den determinados supuestos.-

Por otro lado, la resolución emanada del TSJ a vuelo de pájaro pareciera decir que el personal policial podría al azar interrumpir la libre circulación de una persona y requerirle exhiba la documentación que acredite su identidad. Mas no, no lo dice.-

Y esto último no lo digo como un elogio o queriendo justificar a los Magistrados. A nuestro criterio, el fallo no ostenta la claridad deseada y es cuanto menos impreciso, y contradictorio, sin mencionar que invierte ciertos razonamientos constitucionales.-

De la lectura global de la resolución se podría llegar a concluir que como según el decreto ley 333/58 la policía tiene el deber de prevenir ilícitos, y si bien la facultad de pedir documentos al azar no se encuentra regulada en ningún artículo de las normas mencionadas la misma surgiría

de forma implícita de los fines tenidos en miras por el legislador al momento de dictarlas.-

Lo antedicho es una tragedia del pensamiento constitucional, que como veremos, más tarde los propios jueces, en un singular esfuerzo por justificar lo injustificable terminan desdiciendo.-

Como primera medida empezaremos por relatar los hechos del caso, luego nos avocaremos a analizar porque si un acto del proceso es violatorio de una garantía constitucional el mismo nulifica todo lo actuado en su consecuencia (regla de exclusión), para concluido ello adentrarnos a determinar cuáles son los límites a la potestad policial de requerir la exhibición de documentos y practicar requisas.-

LOS HECHOS.-

El día 14 de abril de 2014, siendo aproximadamente las 15:20 hs. en la estación Constitución de la línea Roca de ferrocarriles, circunstancias en las cuales personal de la Policía Federal se encontraba avocado a detener personas al azar a los efectos de solicitarle la exhibición de documentación que acreditara su identidad (DNI), ello en virtud de supuestos reclamos realizados por la empresa ferroviaria y por diferentes usuarios respecto del consumo de estupefacientes y la comisión de hechos ilícitos en las inmediaciones del lugar, se intercepta al Sr. Lucas Abel

Vera y se le solicita la exhibición de su documento nacional de identidad.-

Según las declaraciones del personal actuante, el Sr. Vera habría exhibido un cierto nerviosismo al serle requerido por los uniformados que acredite su identidad y manifestó de forma espontánea encontrarse portando un arma.-

Así las cosas es que se procede a solicitar la colaboración de dos testigos, se realizó la correspondiente acta y se le leyeron sus garantías.-

En primera instancia el procedimiento policial fue tachado de nulidad por no reunirse los recaudos necesarios exigidos por la ley adjetiva para proceder a la detención y requisa del Sr. Vera, resolutorio que fuera confirmado por la Cámara del fuero.-

Sin embargo el TSJ de la CABA revocó dicha resolución por los argumentos que nos avocaremos a analizar.-

LA REGLA DE EXCLUSION.-

La Regla de Exclusión tiene su origen en el precedente "Boyd Vs. U.S.A." para los procedimientos federales, y luego por el denominado efecto "bandeja de plata" por el cual los agentes federales pasaban pruebas e información obtenida ilegalmente a los estatales y estas eran usadas en contra de los imputados, se extendió su aplicación a la justicia ordinaria en el precedente "Rochin vs.

California", para remediar y desincentivar, en el proceso penal, tanto al fiscal como a la policía a obtener pruebas ilegalmente en violación de la Cuarta y Quinta Enmienda de la Carta de Derechos de los Estados Unidos, las que proveen protección de las pesquisas y aprehensiones poco razonables y de la auto incriminación.-

Ello obedece a elementales razones de lógica jurídica. Si el Derecho Penal existe para proteger bienes jurídicos considerados valiosos por toda la sociedad en un determinado tiempo, sería un contrasentido perjudicar arbitrariamente los bienes de los unos, para "cuidar" los de los otros. En este caso quien decidiría cuáles bienes afectar y cuáles no. Se crearía un derecho penal del enemigo en los términos de Gunther Jakobs.-

"Al respecto, la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional. Ya ha dicho esta Corte que conceder valor a esas pruebas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron

tales evidencias (Fallos, t. 303, p. 1938 -Rev. LA LEY, t. 1982-D, p. 225-) (...)” (Fallo Rayford CSJN).-

Como consecuencia de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente también caen todos los hechos que se derivan de ella, y en ese sentido “(...)En otras palabras, B. quedó vinculado a la investigación como efecto exclusivo del procedimiento ilegítimo en el que se secuestró el estupefaciente, desde que esa circunstancia determinó las manifestaciones de **Rayford** y la consecuente incriminación de aquél. No hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso, abarcando también el reconocimiento del propio B. en tanto ello es consecuencia directa de su ilegítima vinculación al sumario. También deben caer los dichos de L. S. por los mismos motivos, pues se lo incorporó a los autos a través de las explicaciones de B. Cabe señalar que, de todos modos, en rigor aquél no presenció el suministro a **Rayford**, lo que minimiza su relevancia (...)” (Fallo Reynold CSJN).-

En el presente caso, los Jueces de primera instancia en principio, y luego los de cámara, al considerar que el procedimiento policial se encontraba viciado de nulidad por actuar el personal preventor en exceso de sus funciones, tachan de nulo al mismo y a todo el cauce investigativo que él se deriva.-

LA INTERCEPCION, LA DETENCION, LA REQUISA, LAS
FACULTADES POLICIALES, LAS CONTRADICCIONES DEL FALLO.-

Hay algo que es claro, que un policía se acerque a un individuo en la vía pública y le solicite que se identifique por más que parezca exagerado, es una detención, dado que el individuo no puede continuar su marcha, y esto produce un cercenamiento de sus derechos. Chico, grande, mediano, cercenamiento al fin.-

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el párrafo 76 del precedente *"Torres Millacura y otro vs. Argentina"* ha sostenido que *"El artículo 7 de la Convención Americana protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En tal sentido, para los efectos del art. 7 de la Convención, una "demora", así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación ilegal a la libertad física de la persona (...)"*

Uno podría argumentar, "bueno, pero es para la seguridad de todos", y a esto se lo podrían formular dos cuestionamientos a saber "a) seguro?" dado que mientras se está identificando "al azar" al equivocado, podría estarse "yendo por el costado" el correcto. Y "b) porque me tengo

que sacrificar por la seguridad de todos si no hice nada?".-

Por otra parte *"la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física"* (CIDH, precedente Chaparro Álvarez, párr. 53), y en este sentido téngase presente que no existe delincuente más terrible que un estado con poder ilimitado.-

Esto se soluciona, exigiendo lo que viene exigiendo la Jurisprudencia y doctrina es decir, estado de sospecha, indicios vehementes de que el sujeto que se está deteniendo, de al menos una señal de que se encuentra presto a cometer un ilícito, o que acaba de hacerlo.-

Sin perjuicio de lo dicho, la Dra. Weinberg señala en el libelo en análisis *"(...) En el caso concreto de Vera se interrumpió su libre circulación por el tiempo estrictamente necesario para solicitarle que exhibiera su documentación personal (...) En virtud de lo expuesto, esa breve interrupción en la libertad de circulación no configura una privación de libertad en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional (en cuanto refiere al "arresto") (...)".-*

Sin perjuicio de la claridad que en cuanto a este punto esboza el precedente ya citado de la CIDH *"Torres*

Millacura", insistir en que interceptar a alguien con fines de identificación no es detenerlo es inconstitucional en sí mismo. Y en este derrotero argumental se ha dicho que "(...) si se establece que el Estado no informó a las víctimas de las "causas" o "razones" de su detención, la detención será ilegal y, por ende, contraria al artículo 7.2 de la Convención, pero además constituirá una violación del derecho consagrado en el artículo 7.4 de la misma (...)" (CIDH, Chaparro Álvarez, párr. 69). La lógica es simple, si no informar al detenido las causales de su detención es inconstitucional, asimismo lo es ni siquiera informarle que está detenido.-

Un caso tratado por la CIDH que guarda singular identidad con el fallo analizado aquí es "*Maritza Urrutia*". Es así que en este precedente la Sra. Maritza Urrutia había sido detenida cuando caminaba por la calle, después de dejar a su hijo en la escuela, la CIDH en el párrafo 67 de su resolutivo sostuvo que situaciones de este tipo "(...)ponen en peligro la observancia del debido proceso legal, ya que desconoce al detenido el derecho a la protección de la ley y se omite el control judicial (...)". En el mismo sentido se pronunció el máximo tribunal interamericano en el caso *Bulacio* (párr. 127) y *Hnos. Gómez Paquiyauri* (párr. 86).-

Continúa señalando, la Dra. Weinberg que "(...)A la luz de lo expuesto considero que la solicitud de documentos en

la vía pública a las personas en ejercicio de controles generales por parte de la policía, constituye una de las facultades implícitas a que se refiere la norma precitada, en tanto puede considerársela como emanada del poder de policía del Estado y lícita mientras se la ejercite razonablemente (art. 96, incisos 3 y 5 del decreto reglamentario) (...)" . Más allá que de lo transcripto se deja ver que no explica porque considera que esto debiera ser así, lo cual va contra el principio que exige fundamentar las resoluciones judiciales y el cual encuentra su raigambre constitucional en el modelo republicano de gobierno, y más allá del controvertido término "facultadas implícitas" al cual posteriormente adelante nos avocaremos, lo cierto es que, su voto, se contradice de forma clara con el del Dr. Lozano, el cual manifiesta en referencia a las circunstancias que deben rodear el ejercicio de las facultades otorgadas al personal preventor por el art. 3.1 del dec. 333/58" (...) la medida adoptada no puede violar una garantía constitucional. Típicamente, no debe discriminar, no debe asumir solapadamente criterios de sospecha por notas de las personas que harían odiosa una distinción (vrg. color de la tez, nivel económico revelado por la indumentaria, juventud, género, etc.). No debe ser injustificadamente invasiva (...). Como primera medida el voto del Dr. Lozano es contradictorio en sí mismo, ya que dice que la policía para proceder a la identificación de un

individuo no podrá invocar motivos discriminatorios, pero si podrá identificarlo al azar, o sea no invocar motivo alguno. Es decir, puede lo mas (no invocar motivos, basarlo en su capricho), pero no puede lo menos (invocar un motivo discriminatorio). Con esto no estamos queriendo decir que hay que permitir la invocación de motivos discriminatorios, sino que no hay que permitir las detenciones al azar.-

Esa es una lectura que se le puede dar al voto.-

La otra lectura que se le puede dar, es que, en definitiva, el Dr. Lozano está diciendo que para ejercer las facultades previstas en el Art. 3.1 del dec. 333/58 (las cuales en realidad se encuentran en el art. 5.1) la policía deberá invocar motivos, y esos motivos no deberán ser discriminatorios, con lo cual contradice, lo dicho por la Dra. Weinberg.-

Con lo cual de las dos lecturas que se le puede dar al fallo en este punto, una es ilógica y contradictoria, la otra exige la invocación de motivos.-

Por otra parte, en el fallo, y en todos los votos, se hace una continua referencia a las facultades implícitas otorgadas por el decreto reglamentario de la ley orgánica de la PFA al personal policial soslayando lo normado por el art. 19 de la CN.-

Llegando al colmo de decir el Dr. Lozano en su voto "(...). Estas afirmaciones encuentran apoyo no sólo en el decreto-ley, concebido, como dije, en términos deliberadamente comprensivos, sino en la circunstancia misma de que no prohíbe interpretar la existencia de facultades implícitas (...).-

"Recordemos que a la hora de juzgar la potestad de los órganos estatales, rige el principio inverso al que norma los ámbitos de libertad de los particulares. Para estos, la regla es la libertad, y por ello, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido (art. 19 CN). En cambio, para los órganos públicos la regla es la prohibición: lo que no les está expresamente permitido está prohibido (art. 19 CN a contrario sensu)." (Mariano Silvestroni, Manual del Abogado Defensor, Pág. 145, ediciones del puerto).-

La Corte Suprema de la Nación tiene entendido desde hace muchos años que "(...) toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean sólo existen en virtud de sanciones legislativas (...)" (Caso Cimadamore, CSJN, fallos, 191:248). De allí que, es sólo en el texto de la ley donde puede el estado hallar legitimación para restringir los derechos de los habitantes.-

El fragmento transcripto, con el respeto que el Magistrado votante merece, es una tragedia del pensamiento jurídico. Contraría los postulados más básicos en los que se inspiró la Constitución Nacional. Nuestra Carta Magna es de corte liberal, inspirada en los ideales de la revolución francesa y tiene como fin ponerle un límite al avance del Estado sobre los derechos individuales.-

En esa inteligencia, se dice que si para el individuo todo lo que no está prohibido está permitido, para el estado rige la regla inversa. Ello por elementales cuestiones de lógica. Mis derechos son todos los que no tiene el Estado, ahora si no se donde se encuentran los derechos del estado, no puedo conocer con precisión mis derechos y obligaciones.-

Asimismo, y por razonamiento inverso, se entiende que la policía tiene prohibido requerir documentos y acreditar identidad a personas al azar.-

Así, el art. 5.1 del decreto 333/58 establece que "*Son facultades de la Policía Federal para el cumplimiento de sus funciones: 1.- Detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de veinticuatro (24) horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes*".-

Esto nos deja claro dos cosas. 1) Interceptar, demorar, requerir, interrumpir, a una persona para requerirle que acredite su identidad es detenerlo ¿Por qué? Porque lo dice el mismo decreto. Porque interpretarlo en ese sentido es concordante con el principio pro homine en la inteligencia de estar a la interpretación que mas concede derechos al individuo. Y por lo sostenido por la CIDH en el precedente "*Torres Millacura*" ya reseñado.-

2) Que la policía solo puede actuar en circunstancias que lo JUSTIFIQUEN, por lógica inversa, no puede actuar en circunstancias que NO lo justifiquen. Con lo cual, como se puede ver, a contrario de lo sostenido por el Dr. Lozano, el decreto SI prohíbe hacer una interpretación extensiva de su letra.-

En este mismo orden de ideas en el párrafo 57 del precedente Chaparro Alvarez, la CIDH sostuvo que "(...)La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria

a la Convención Americana (...)". Como se señaló oportunamente el art. 5.1 del decreto 333/58 exige justificación para proceder a la identificación de un individuo, lo cual ya de por sí lo tildaría de inconstitucional dado que no cumpliría con el principio de tipicidad que menciona el precedente citado. Pero si de violar garantías constitucionales se trata, siempre se puede ir un paso más allá, y así se deja ver en el fallo analizado, cuando no conformes con que el decreto 333/58 no cumple con los requisitos mínimos según los estándares de la CIDH, se convalida la actuación del personal policial aún en inobservancia del (inconstitucional) decreto. Pasando en limpio. El decreto que el TSJ utiliza como sustento de su fallo es contrario a lo establecido por la propia CIDH en cuanto a los requisitos que debe cumplir la legislación cuando regule esferas concernientes a la privación de la libertad de los individuos. Ahora bien, suponiendo que el decreto fuera complaciente de lo establecido por la CIDH, no se cumplió con lo normado con aquel, dado que establece la necesidad de justificación y no se esbozó justificación alguna. Consecuentemente como un requisito establecido en "la ley" no fue cumplido, dicha detención es ilegal en los términos del precedente citado. Sin embargo el TSJ resuelve diciendo "está bien, la policía puede detener sin invocar razones más allá que la propia

ley exija que una detención se base en una causa justificada".-

Luego, continua diciendo el Dr. Lozano "(...) Así como no cabe inferir competencias sino de la ley, incumbe al Poder Legislativo escoger el modo de atribuir las. Puede tanto hacerlo en términos expresos como implícitos, específicos o muy genéricos, si lo estima más oportuno; el límite está en que el texto no puede ser tan laxo que venga a conferir una indebida delegación de la potestad legislativa que deje librado al Poder Ejecutivo o sus dependencias la posibilidad de establecer sus propias competencias.

Interpretar que una competencia está implícitamente conferida por la ley, no es lo mismo, reitero, que sostener que existen facultades implícitas inherentes a la noción de poder de policía. ¿Cuándo una facultad fue acordada por el PL implícitamente? Cuando se infiere de modo comprensible para los juristas de los textos legislativos que crean las facultades, deberes y funciones policiales (...)"

Como primera medida cabría preguntarse qué sería "inferir de modo comprensible". Otro de los subjetivismos de los cuales se encuentra impregnado el fallo.-

Por otra parte, las facultades que el Legislador puede conferir a la administración son de dos tipos, discrecionales y regladas.-

En términos de derecho administrativo nos encontramos ante una facultad reglada de la administración, en palabras de Gordillo, cuando "(...) la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho (...) (http://www.gordillo.com/pdf_tom01/capituloX.pdf P. X-13).-

Por otra parte las facultades discrecionales de la administración son aquellas en que el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u

otra manera (http://www.gordillo.com/pdf_tom01/capituloX.pdf

P. X-10).-

Aquí se pretende remitirse ya no a la letra del decreto sino a los principios que inspiraron la norma es decir "prevenir delitos", y justificar ello en la letra del art. 94 de dicho decreto, es decir, que el preventor podrá realizar todo lo no expresamente autorizado por la norma siempre que tenga el fin de prevenir delitos. La inconstitucionalidad de dicha afirmación salta a la vista. Llevado ese concepto al extremo, si el funcionario policial observa a un individuo en una situación en la que él considera que se trataría de la comisión de ilícito podría dispararle por la espalda y sanseacabó. En definitiva lo hizo para prevenir un ilícito.-

CONCLUSION.-

El fallo a nuestro entender, parecería basarse en la lógica de "(...) *si, llámale "h" pero el arma la tenía (...)*" contraria a los postulados del precedente de la CSJN "*Charles Hnos.*". En esa tónica se buscan hacer las mil y una peripecias jurídicas para justificar lo injustificable. El cercenamiento de derechos por capricho.-

Por suerte, y en nuestra opinión, los argumentos que sostienen dicha postura son sumamente endebles, y o caen por contradictorios, o terminan llevando nuevamente a que

la correcta interpretación de la norma sigue siendo la de exigir motivos que justifiquen la identificación de personas, con lo cual, afortunadamente no creemos que esta doctrina vaya a tener demasiados efectos en la práctica. Sin perjuicio de lo cual sería saludable para la preservación de las instituciones que el presente caso llegue a la CSJN y que esta, esperanzadamente revoque lo sostenido por el TSJ.-