

¿Qué se pierde y qué se gana cuando ampliamos la discrecionalidad de la policía? Réplica a Maximiliano Hairabedián

Por Pablo Larsen¹

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

En una columna publicada recientemente en este medio², Maximiliano Hairabedián ensayó una serie de argumentos que, en su opinión, demuestran que la facultad policial de solicitar a personas que se identifiquen sin que existan motivos previos que lo justifiquen no es inconstitucional. En esa ocasión, el autor fundó su posición afirmando: a) que no se trataría de una restricción de la libertad, ya que “si se agota en ese acto fugaz no tiene entidad para coartar la libertad ambulatoria”; b) que “no afecta derechos constitucionales porque no significa requerir una confesión o declaración auto inculpativa, ni exponer un aspecto íntimo o privado del individuo”; y c) que “la facultad policial de solicitar identificación constituye una básica herramienta de prevención o investigación de delitos utilizada mundialmente”.

Con la intención de fortalecer el debate, en este espacio señalaré los motivos por los que entiendo que sus argumentos parten de una lectura equivocada del alcance de los derechos que se encuentran en juego –realizando una síntesis del análisis más amplio que en otras ocasiones hemos realizado con Adrián Martín sobre el tema³– y de una postura que no tiene en cuenta la distancia que existe entre el derecho abstracto y el funcionamiento real de las instituciones policiales, así como también cuál es el papel que en ello debe tener el derecho como discurso crítico o legitimante.

¿Nos encontramos frente a una restricción de la libertad ambulatoria?

Hairabedián inicia su argumentación afirmando que cuando un policía exige a una persona que se identifique no estaríamos frente a una detención, en los términos de los artículos 18 de la CN y 7 de la CADH. Aunque no lo mencione expresamente, la consecuencia que se deriva de ese razonamiento es que a esta práctica no le serían aplicables los requisitos que se exigen para esos casos –es decir, la necesidad de que exista una orden judicial previa y que sólo se pueda prescindir de ella cuando existan sospechas razonables de que la persona cometió un delito, como sucede en los casos de flagrancia–.

Entiendo que ese razonamiento es incorrecto. Cuando un policía intercepta a una persona con la finalidad de exigirle que se identifique se produce una situación que un espectador difícilmente pueda considerar como algo distinto a una restricción de la libertad ambulatoria. A partir de ese momento, la persona interceptada no puede decidir no cumplir con la orden y continuar su marcha libremente, y si no tiene en su poder ningún documento que permita acreditar su identidad –ya sea por carecer de él o por no tenerlo consigo en esa ocasión, en tanto portar el documento de identidad puede ser un requisito para ejercer algunos derechos en particular pero no una exigencia para ejercer el derecho fundamental a circular libremente por la vía pública–, se enfrenta a la posibilidad de ser trasladado a una dependencia policial en la que se procedería a su identificación. Ambas situaciones muestran la sujeción que se genera entre el particular y la autoridad, y permiten poner en duda el carácter “fugaz” de ese acto: en la primera, si la persona se niega a cumplir con la orden seguramente se proceda a su “detención” en el sentido fuerte al que se refiere Hairabedián al negarle tal carácter a la exigencia de identificarse. En la segunda, difícilmente alguien podría sostener que obligar a una persona a subir a un móvil policial y trasladarla a una comisaría no se trata de una restricción de la libertad ambulatoria.

Lo anterior puede ser reforzado, como hace Hairabedián, utilizando a la jurisprudencia como respaldo. Si bien ese modo de argumentar puede traer algunas dificultades cuando se la utiliza exclusivamente como cita de autoridad –cuando se dice que “esto es así porque así lo dijeron los jueces”–, siguiendo la lógica utilizada por el autor se puede afirmar que la exigencia de identificarse ha sido considerada como una detención por la Corte IDH, al decir que “una ‘demora’, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la CADH y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención”⁴. Resulta llamativo que el autor acuda selectivamente a decisiones de la CNCP como argumento para respaldar su posición pero no mencione, al menos para rebatirlos, los criterios de un órgano como la Corte IDH –los cuales, siguiendo la lógica de entender a la jurisprudencia como fuente de autoridad que debe ser acatada por provenir de un tribunal superior, deberían ser respetados por todos los tribunales locales– que ponen en crisis su postura.

¿Cómo deben protegerse los derechos que están en juego?

Entender a la exigencia de identificarse como una restricción de la libertad ambulatoria lleva a la necesidad de ver qué requisitos deberían cumplirse para poder realizarla. Hairabedián analiza el punto y concluye, con citas de fallos de la CNCP y de la decisión tomada por el TSJ CABA en el caso “Vera”, que esta facultad no requiere de motivos previos que justifiquen su utilización, que es constitucional mientras sea ejercida “razonablemente”, y que no afecta derechos fundamentales en tanto “no significa requerir una confesión o declaración auto inculpativa”, ni exponer un aspecto íntimo o privado del individuo”. Nuevamente, entiendo que su posición, al exigir requisitos demasiado “livianos”, es equivocada y no es la que debe guiar el análisis constitucional de las restricciones a la libertad ambulatoria.

Si bien una interpretación literal del artículo 18 de la CN podría llevar a la conclusión absurda de que absolutamente toda detención debe ser autorizada por una orden judicial, el análisis del tema debe ser complementado con el artículo 7 de la CADH –el cual tiene jerarquía constitucional

¹ Abogado (UNLP, 2015). Asistente de la comisión 3 de Derecho Penal I en la UNLP. Secretario Editorial de la revista “En Letra”. Integrante de Asociación Pensamiento Penal (APP). Contacto: pablolarsen93@gmail.com

² HAIRBEDIÁN, Maximiliano, “¿Puede la policía pedir identificación?” en DPI, diario penal, N° 110, 26/5/2016, disponible en https://dpicuatico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-penal-nro-110-27-05-2016/.

³ Ver LARSEN/MARTÍN, “Facultades policiales amplias y Estado de Derecho. Nota al fallo Vera del TSCABA”, en ZAFFARONI, (dir.), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, año 6, N° 1, febrero de 2016, pp. 129-155; y LARSEN/MARTÍN, “Razones para sostener la inconstitucionalidad de las detenciones por averiguación de identidad”, en LEDESMA (dir.), *El Debido Proceso Penal*, Hammurabi, 2016, vol. 3 (en prensa).

⁴ Corte IDH, caso “Torres Millacura y otros v. Argentina”, sent. del 26/8/2011, párr. 76.

por vía del artículo 75.22 de la CN–, en tanto exige para toda detención que los motivos que puedan habilitarla se encuentren previstos por una ley y que, además, éstos no sean arbitrarios⁵. Esta pauta obliga a verificar, en primer lugar, si este tipo de detenciones se encuentran previstas en una ley y, además, si los motivos que esa ley prevé, por su indeterminación o vaguedad, no son arbitrarios.

Lo anterior ya brinda un argumento que permite poner en duda la postura de Hairabedián: las legislaciones que regulan la detención de personas por averiguación de identidad⁶ no autorizan a realizarlas en todos los casos que la policía lo considere necesario, sino que exigen motivos previos que las justifiquen. Es por eso que, para que una detención sea válida, hace falta que se den los motivos previos que las leyes mencionan y no alcanza con corroborar, luego de que se la efectuó, si fue razonable o no estuvo guiada por parámetros discriminatorios. De ese modo, lo que se pretende es disuadir a las autoridades de realizar detenciones arbitrarias, y evitar que un análisis de “razonabilidad” posterior a su realización –que incluya, por ejemplo, una ponderación entre la detención y el hecho de que la persona era efectivamente autora de un delito, aunque ello pierda de vista los numerosos “falsos positivos” que suelen generarse– permita convalidarla, algo que mereció fuertes críticas por parte de la CSJN⁷. No obstante, también debe agregarse que los motivos que prevén varias de estas leyes son demasiado amplios –piénsese, por ejemplo, en las “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional” que exige la legislación a nivel nacional– y que difícilmente puedan ser considerados como no arbitrarios.

Lo que se pretende evitar con estas exigencias es que las autoridades cuenten con “cheques en blanco” para restringir derechos de las personas. Entender que se las puede llevar adelante sin que exista ningún motivo previo que las justifique –aún cuando los motivos que las actuales leyes prevean puedan ser arbitrarios en sí mismos– es abrir la puerta a circunstancias indeseables, como el abuso de poder, que se buscan evitar en todo Estado de Derecho.

¿Es necesaria la facultad de identificar personas como medio para prevenir delitos?

Otro argumento que suele brindarse al analizar este tema consiste en afirmar, como hace Hairabedián, que se trata de una facultad necesaria para prevenir la comisión de delitos. La cuestión podría graficarse de la siguiente manera: mientras algunos afirmamos que las facultades policiales deben ser restringidas para evitar el abuso de poder, otros replican que deben ser ampliadas para evitar que se cometan delitos –otra de las finalidades indiscutibles del Estado de Derecho–. No obstante, entiendo que, al igual que sucede con muchos de los discursos que plantean la necesidad de restringir libertades para elevar los niveles de seguridad, estas propuestas tienen más de artificioso que de efectividad práctica.

Las posturas que defienden esta facultad no han señalado, más allá de afirmaciones genéricas, de qué manera exigirle a una persona que se identifique ayuda a evitar la comisión de delitos. Si se trata de una medida que busca disuadir a una persona frente a la hipotética comisión de un delito, basta con la mera presencia policial –entre otros mecanismos disuasivos– para alcanzar el mismo objetivo. Si se busca investigar delitos como la tenencia de estupefacientes o de armas, exigirle a una persona que se identifique no es útil, en tanto sería necesario revisar su ropa o pertenencias, y ya nos encontraríamos frente a una “requisita” –medida que, por ser más invasiva, tiene otro tipo de exigencias para ser realizada sin orden judicial–. Otro tanto sucede si lo que se pretende es detener a una persona que es señalada como autora de un delito, ya que en ese caso regirían los estándares propios de la “flagrancia”.

El único caso en el que esta medida podría ser útil es si se pretende identificar personas con la finalidad de verificar si alguna de ellas registra algún pedido de detención. Sin embargo, en ese caso se estaría partiendo de una lógica según la cual la persona que presunta o efectivamente cometió un delito en el pasado va a repetirlo en el presente, representando un “peligro” para el resto de las personas que circulan por la vía pública. Además de tratarse de una lógica de sospecha merecedora de distintas críticas, existen otros medios menos lesivos para alcanzar ese fin, como la ubicación de esa persona cuando realiza alguna de las numerosas operaciones cotidianas que exigen exhibir la identificación, o su identificación a raíz de investigaciones eficaces que logren dar con su paradero. En todo caso, se trataría de la necesidad de lograr que una persona se presente en un proceso penal o cumpla efectivamente la pena que se dispuso en su contra, pero no de la necesidad de prevenir la comisión de delitos.

El problema de no considerar el funcionamiento real de estas prácticas

Al margen de las discusiones técnicas, quizás el aspecto más preocupante de este debate sea perder de vista cuál debe ser la función del derecho frente al ejercicio del poder estatal. Si el fin de poner límites estrictos a lo que puede hacer la policía es reducir al máximo posible los espacios que posibiliten que el poder se ejerza arbitrariamente, relajarlos en pos de una dudosa mayor eficacia en la prevención del delito es algo contraproducente. Más aún si se tiene en cuenta la distancia que existe entre las finalidades del derecho y el funcionamiento real de las instituciones que éste busca regular, algo que es más notorio en el caso del sistema penal. En este sentido, no es extraño advertir que muchas veces los juzgados, comisarías y cárceles se rigen por “otras leyes” menos respetuosas de los límites que fija el derecho abstracto.

Reflexionar sobre esto debería llamar la atención acerca de cuál es el rol que debe cumplir el derecho como discurso. Si se pierde de vista la distancia que existe entre el derecho abstracto y el funcionamiento real del sistema penal y se procede, desde el discurso jurídico, a “flexibilizar” los límites de los cuales sus instituciones tienden a deshacerse, se corre el riesgo de legitimar situaciones violatorias de derechos que previamente se daban en la práctica y que ahora, al contar con el sello aprobatorio del derecho, pueden llegar a expandirse aún más. Legitimar desde el discurso jurídico prácticas como la detención de personas por averiguación de identidad sin motivos previos es uno de esos casos.

Sacrificar derechos con la pretendida finalidad de obtener seguridad es una fórmula incompatible con la vida en un Estado de Derecho –y, debería agregarse, una receta equivocada para alcanzar esa meta–. Si aceptamos ampliar las facultades policiales exponiendo a las personas a potenciales abusos, sacrificamos libertades sin obtener un beneficio que pueda siquiera marcar el camino hacia una posible justificación. Se pierde mucho, y no se gana nada.

⁵Ver Corte IDH, caso “Gangaram Panday v. Suriname”, sent. del 21/1/1994, párr. 47. Nuevamente, en este punto el autor acude a decisiones de la CNCP pero no explica por qué motivos se aparta del esquema del artículo 7 de la CADH y de los criterios de la Corte IDH en el tema.

⁶Al respecto, es útil acudir a la compilación realizada por el CELS, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/01/miscelaneas42758.pdf>.

⁷CSJN, “Ciraolo”, C. 224. XLIII (2009), disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, consid. 19: “*la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo la medida. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la Ley Fundamental*”.