

“DETENCIONES EN LA VÍA PÚBLICA. ANÁLISIS CONVENCIONAL”

ES NECESARIO Y URGENTE REFORMAR LA LEGISLACIÓN PAMPEANA

(Y LAS PRÁCTICAS)

Alejandro Javier Osio¹

Introducción.

Lo primero que podemos decir para iniciar con el tema que nos hemos propuesto, es que en el estado de derecho constitucional debería existir un abanico de derechos humanos y de mecanismos dispuestos para su garantía y no afectación que el estado argentino debe cumplir. Para su re afirmación existen diversos mecanismos, entre ellos dictar leyes acordes al piso convencional-constitucionalmente dispuesto, y realizar sobre las dictadas el control de constitucionalidad y convencionalidad que obliga a los órganos estatales a compatibilizar normas y prácticas (que no cumplan con ese piso) con las normas del máximo nivel de validez, en particular a las personas que ejercen la judicatura, según surge de la jurisprudencia de la CSJN y CorteIDH en la materia².

En el ámbito del ejercicio del poder punitivo suele manifestarse de manera grosera la diferencia entre esas normas y la realidad, desfasaje entre ser y deber ser por cierto siempre existente -en más o en menos- en los estados de derecho históricos, pues los estados ideales no existen debido a una multiplicidad de factores, entre ellos y con respecto al sistema penal, las dinámicas de poder en las pulsiones permanentes entre el estado gendarme o de policía y el estado de derecho³.

Es grave cuando el corrimiento hacia el estado vertical se da en el ámbito de las prácticas del ejercicio de poder punitivo, pero lo es más cuando la incompatibilidad con las obligaciones internacionales y constitucionales se manifiesta directamente en las normas jurídicas aplicables, puesto que el ordenamiento jurídico aparece legitimando prácticas contrarias a los derechos humanos, en un contrasentido insoportable que resulta de una gravedad institucional supina e inexcusable. Por una parte, al interior del Estado se encuentran dispuestas las agencias necesarias para que ello no suceda (de creación, aplicación y control de normas constitucionales y convencionales) y en otra parte del mismo (des) ordenamiento jurídico existen normas que disponen un sentido contrario, por

¹ Docente Universidad Nacional de La Pampa, miembro de la Asociación Pensamiento Penal y Defensor Oficial en lo Penal, de Ejecución y Faltas de Santa Rosa, La Pampa.

² CorteIDH "Almonacid Arellano vs Chile" (2006), "Radilla Pacheco vs México" (2009) y "Cabrera García y Montiel Flores vs México" (2010), entre otros. CSJN "Giroldi" (1995), "Simón" (2005), "Videla" (2005), "Mazzeo" (2007), "Arriola" (2009), "FAL" (2012) y "Rodríguez Pereyra" (2012), entre otros.

³ Para más detalles Alberto Binder "Introducción al Derecho Procesal Penal". AD-HOC. 5ª edición. Bs.As. 2009.

lo cual es necesario verificar su validez.

En La Pampa ello existe en varias temáticas, por ejemplo en materia de responsabilidad penal adolescente, pero no nos ocuparemos de ello aquí⁴, sino de las normas que facultan detenciones de personas en la vía pública, las cuales autorizan procedimientos contrarios al derecho a la libertad y no respetan la Constitución Nacional, la Provincial, fallos de la CSJN y una multiplicidad de reglas, normas y fallos internacionales y hasta condenas contra Argentina (Caso “Bulacio” por ejemplo).

Y cuando pareciera que la contrariedad jurídica y conceptual no puede ser más frontal, nos encontramos con que la más utilizada para legitimar arbitrariedades en el uso del poder coercitivo en la vía pública a cargo de funcionarios públicos, se trata de una norma (no) jurídica de facto de la última dictadura cívico-militar. Broche de oro para el complejo normativo que pondremos bajo la lupa.

Con el presente aporte pretendemos visibilizar la cuestión y sentar las bases para el establecimiento de normas respetuosas de los derechos humanos, adecuada a los estándares constitucionales e internacionales vigentes, pues tales normas seguirán produciendo -entre otras- dos cuestiones de extrema gravedad: la legitimación de prácticas violatorias de los derechos humanos en la gestión del espacio público con un sinnúmero de víctimas y el riesgo de responsabilidad internacional del estado argentino por culpa de La Pampa.

Entendemos que la reforma necesaria y urgente en este campo del (des) orden normativo no se asienta sólo sobre la obligación formal de adecuar el conjunto de leyes para dotarlo de coherencia y validez sino que debe tener como eje principal a la persona en tanto ser humano integralmente considerado y de una dignidad y complejo de derechos inalterable como principio central y general (Art. 1 de la CADH). Por ello la interferencia en el control y gestión de los espacios públicos de convivencia debería ser en medidas estrictamente necesarias y adecuadas a los límites constitucionales y convencionales pre dispuestos por las normas de mayor jerarquía, y precisamente por ello, obligatorias para su aplicación excluyente de las de menor nivel jerárquico si se contraponen, máxime como las que veremos a continuación que resultan, en casos, enteramente incompatibles con las superiores.

Entendemos que ese objeto que tendremos en miras durante el trabajo encuentra

⁴ Un aporte puede verse en la Revista Pensamiento Penal del 04/04/2013: Osio Alejandro “El Estado en situación irregular respecto de niñas, niños y adolescentes”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35849-estado-situacion-irregular-respecto-ninas-ninos-y-adolescentes-y-sobre-reparacion> y otro en la Revista Pensamiento Penal del 07/03/2013: Osio Alejandro “El fallo G, J.L. es el Casal de los niños”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35664-fallo-g-jl-es-casal-ninos-y-sobre-estado-se-encuentra-ahora-y-siempre-situacion>

sustento en la base y propósitos del prólogo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en cuanto sostiene “...que los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana... Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”. Entendemos que en esa clave es que se debe legislar y diseñar las políticas públicas, entre ellas las de seguridad y gestión de los espacios públicos.

Esencialmente, lo que intentaremos demostrar son conclusiones que se ajusten al mandato de los primeros dos artículos de la CADH en cuanto obliga a los Estados a:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1...respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”.

No pretendemos en este aporte profundizar y agotar los temas atinentes a la gestión de los espacios públicos, las detenciones policiales en la vía pública o en lugares públicos o privados en el marco de investigaciones penales o de su validez para dar inicio a ellas⁵, sino sólo demostrar la incompatibilidad del sistema normativo predispuesto en La Pampa para con las normas del máximo nivel jerárquico y la jurisprudencia de los últimos intérpretes de la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos respecto de los límites que el sistema normativo en su cúspide impone para la privación de libertad en un estamento anterior a cualquier tipo de investigación penal o contravencional.

El fundamento jurídico está expreso en el artículo 7 de la CADH que del siguiente

⁵ Para ello remitimos a los trabajos específicos en la materia, en especial al de Adrián Martín “Detenciones policiales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. Sobre improntas del Estado de policía en la agencia judicial” Editores del Puerto. Bs.As. 2010.

modo invalida a las normas jurídicas que limiten la libertad personal de un modo no compatible con la Constitución Nacional y Provincial; y obliga a su vez, al dictado de leyes compatibles con ella (particular sobre el cual se verá que La Pampa está en deuda):

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.* 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.*”

La razón es sencilla: de tales límites surge el espacio de libertad personal libre de interferencia estatal, y claro está que cuanto más sean y con más precisión estén formulados esos límites a la facultades del estado, más espacios de libertad individual se reconocerá a las personas, mientras que cuanto menos sean y más vaga sea su enunciación, mayor espacio habrá para la discrecionalidad del poder estatal y por ende menor espacio para la libertad sin interferencias arbitrarias, denominada en la CADH seguridad personal.

Como dice Pablo Larsen en su análisis de la jurisprudencia de la CorteIDH *“...la libertad...constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad por su parte sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad definida así es un derecho humano básico, propio de los atributos e la persona que se proyecta en toda la Convención Americana.”*⁶

Necesario es destacar que la delimitación no es una facultad enteramente discrecional, sino que algunos límites hacia la posibilidad de intervención estatal son impuestos como obligatorios y por ende hay espacios de libertad individual que deben ser respetados, absteniéndose los estados de interferir ante el ejercicio del derecho dentro de esos límites. Por supuesto que el impedimento de interferir se maximiza cuando la intromisión priva directamente del derecho, como ocurre con la libertad en los casos que veremos.

Por último, nos parece atinado cerrar con una afirmación que surgirá del aporte: lo que no cumpla con los mandatos convencionales-constitucionales debe ser modificado por el legislador, y hasta tanto ello ocurra debería ser descartado por las personas que deben aplicar las leyes⁷, todo lo cual se encuentra en las obligaciones del estado de

⁶ Larsen, Pablo “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Hammurabi. Bs.As., 2016, p. 181. Con cita del caso “Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador” sent. Del 21/11/2007.

⁷ Las/os intérpretes deben maximizar el poder de interpretación de las leyes para hacerlas compatibles con la Constitución y los Tratados, y de no ser ello posible deberán descartarlas por inconstitucionales. CSJN fallos

adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar los derechos humanos (Art. 2 CADH).

Marco normativo:

Para poder enmarcar el análisis que intentaremos luego, veamos primero el conjunto de normas jurídicas provinciales que habilitan la aprehensión, demora, retención y/o detención de personas en la vía pública sin orden judicial previa. Aclaremos que durante el trabajo utilizaremos las palabras aprehensión, demora, retención y detención como sinónimos, pues más allá de que se intente diferenciar técnicamente a tales conceptos según diversas cuestiones, lo cierto es que el resultado material de todos ellos es la privación de libertad de una persona a cargo del estado, y su alojamiento en establecimiento del cual no podrá salir sin autorización administrativa o judicial, por ende, cualquier privación de la libertad por el motivo y el tiempo que sea debe cumplir con todos los requisitos legales vigentes y que sean compatibles con la CADH (aún las demoras por averiguación de identidad)⁸. Con ello evitaremos disquisiciones técnicas cuyas finalidades no sirven a los efectos de este aporte, pero que incurren en un embuste de etiquetas del cual resulta la flexibilización de garantías cuando la afectación es menor y su fortalecimiento cuando es mayor, lo cual contraviene la idea de la libertad como derecho humano según lo estatuido por los artículos 7 de la CADH y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante PIDCP-.

Empecemos por la menos jurídica de todas:

Norma Jurídica de Facto N° 1064/81 “Ley Orgánica de la Policía de La Pampa” (en adelante NJF).⁹

“Artículo 9°.- La función de policía de seguridad, determinada en el capítulo anterior, se ejercerá con las siguientes atribuciones:... c) detener a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida, en circunstancias que lo justifiquen o cuando se niegue a probar su identidad. La demora o detención no deberá prolongarse más del tiempo indispensable para la identificación, averiguación del domicilio, conducta y medios de vida, sin exceder el plazo de veinticuatro (24) horas; l) secuestrar y poner inmediatamente a disposición de juez competente las sumas de dinero, los objetos de valor y otros bienes que encontrara en poder de persona con antecedentes penales o policiales que sean sorprendidas en circunstancias tales que hagan necesaria la intervención policial y cuya tenencia ilegítima sea presumible; y q)

“Arriola”, “FAL” y “Acosta”, entre otros.

⁸ Así lo ha sentado la CorteIDH en el caso “Torres Millacura y otros vs Argentina”, sent. Del 26/08/2011, párr. 76.

⁹ Esta norma sancionada durante la última dictadura cívico-militar fue ratificada por Decreto del Poder Ejecutivo n° 1244/95 del 30/05/1995.

vigilar, registrar y calificar a las personas habitualmente dedicadas a actividades que la Institución debe prevenir y reprimir.-”

Con la sola transcripción aparecen claras varias vulneraciones constitucionales, entre ella la privación de libertad sin lesividad (Art. 19CN)¹⁰. Es decir, sin afectación alguna de derechos de terceros (para averiguar la identidad, medios de vida, etcétera) habilitándose la sospecha infundada o arbitraria, mediante autorizaciones de una laxitud tal que reconducen al control de los medios de vida y conductas de moralidad pretendida o impuesta hacia las personas en ámbitos en los cuales debería respetarse la autonomía individual y diversidad.

Entendemos que los procesos del modo en que la norma legítima afectan la dignidad humana (Art. 5,1 de la CADH), entre otras cuestiones, debido a la clasificación de personas que propone y a la selectividad con que se manifiesta el poder punitivo en los procesos de selección criminalizante, como luego detallaremos.

Otra afectación convencional-constitucional consiste en la falta de precisión normativa en torno a los supuestos que habilitan la privación de la libertad hasta por hasta 24hs¹¹, los cuales aparecen enunciados en términos de una vaguedad que imposibilita cualquier tipo de definición previa y que remiten su precisión directamente a la apreciación subjetiva de la autoridad policial interviniente respecto a la necesidad de proceder de ese modo o no. Por lo cual no se cumple con el mandato de legalidad formal del artículo 19 de la Constitución Nacional, mandato de precisión normativa lo más estricta posible para habilitar la limitación de un derecho tan importante como la libertad, que también surge de los artículos 7¹² y 9 de la CADH e incluso ha sido así sentado contra la Argentina en el fallo “Kimel”¹³ de la CorteIDH para su observación. Ergo, la habilitación de ese espacio de

¹⁰ La conclusión es sencilla en la sistemática de este artículo: sin lesividad no hay conflicto, sin conflicto no hay delito, sin delito no debería haber poder punitivo debido a que se está en el marco del ejercicio de un derecho (reserva constitucional). Voto de Lorenzetti en el fallo “Arriola” de la CSJN.

¹¹ Plazo enteramente excesivo para el fin declarado en la norma, lo que invita a pensar en otro tipo de fines no declarados.

¹² Ver en Larsen, Pablo, ob. cit., p. 182, con cita del caso “Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador”.

¹³ Considerando 63: “La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información” . En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: “La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo

verificación subjetiva que resulta imprecisable de manera apriorística y que, por ende, aumenta el espacio de arbitrariedad de manera indeterminada e indeterminable, supone la habilitación de poder estatal sobre la libertad de las personas en niveles no permitidos convencional y constitucionalmente, por su imprevisibilidad e irrazonabilidad, además de resultar desproporcionado con respecto a los fines pretendidos por su duración.¹⁴

Puede verse también que todo el procedimiento habilitado se dispone sin ningún requisito sustantivo ni control ciudadano, judicial o de otro órgano, ni antes, durante ni después, con lo cual queda palmaria la contraposición con los expresamente ordenados como requisitos por la normativa de superior jerarquía provincial, nacional e internacional como luego veremos, y que hace al control republicano de los actos de gobierno (Art. 1 de la CN) y al derecho de defensa material (Art. 18 de la CN).¹⁵

Y por último, es hasta materialmente insostenible el fundamento declarado como “función de seguridad” y generalmente expuesto para justificar estas normativas en torno a la prevención y materialización de la justicia, pues el estado de la tecnología actual permite hacerlo de modo casi inmediato, mediante comunicaciones por celular u otro medio similar, acceso a registros informáticos vinculados, comunicación telefónica, digital, etcétera.

Necesario es recordar que en el ámbito del poder punitivo rige el principio de última opción¹⁶, lo cual además obliga a tomar la herramienta que menos derechos vulnere en los casos de limitación de derechos (máxime de la libertad personal). Por ende, el estado en vez de la privación de libertad como regla y por un plazo tan excesivo para el fin pretendido, debería adecuar los recursos necesarios y sistemas registrales informáticos vinculándolos para poder verificar la identidad y lo que necesite averiguar a los fines de la prevención, existencia de pedidos de captura, identificación de personas prófugas de la justicia, etcétera, como así también los soportes necesarios para ello, frente a lo cual ya no tiene ningún asidero ni jurídico ni material el mantenimiento de normas que permitan la privación de libertad en centros de detención de personas como comisarías y alcaidías de policía por hasta un día completo, con todas las vulneraciones adyacentes que ello

9 de la Convención Americana.”

¹⁴ Ver en Larsen, Pablo, ob. cit., p. 181, con cita del caso “Gangaram Panday vs Surinam” del 21/01/1994, párr. 47.

¹⁵ Ver en Larsen, Pablo, ob. cit., p. 183/186, con cita de varios casos, entre ellos “Bulacio vs Argentina” que luego veremos.

¹⁶ Fallo “Kimel” ya citado, considerando 76: “La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *última ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.”

acarrea debido al resto de las condiciones estructurales de tales lugares de detención¹⁷, y hasta los recursos y gastos a cargo del estado que ello genera el mantenimiento de estas normas de genealogía espuria y de aplicación también criticable.

Aunque parece un detalle, quizá se pueda entender mejor el diseño de la norma citada enmarcándola en su ámbito de pertenencia, pues el régimen policial pampeano es enteramente proveniente de la última dictadura: Régimen para el Personal Policial NJF 1034/80, Régimen de Retiros y Pensiones NJF 1256/83, Régimen de Calificaciones Decreto 1675/81, Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto 978/81, Reglamento de Unidades de Orden Público Decreto 2017/80, Reglamento para la Educación Profesional Decreto 1081/81. Sólo el Régimen de Licencias es posterior Decreto 2280/91 aunque sólo respecto de algunas reformas introducidas por Ley 1306, puesto que en lo demás ratifica el régimen ordenado por la NJF 1034. Y aunque no es el objeto de este aporte centralizar en ello, queda claro que es necesaria la reforma íntegra de todo ello también.¹⁸

Por otro lado, pero en el mismo abanico de posibilidades en torno a la materialización del poder punitivo sobre la libertad de las personas, se cuenta con la **Ley Provincial N° 1.123 “Código de Faltas Provincial”**¹⁹ que si bien no fue sancionada en la última dictadura, sí es anterior a la reforma constitucional de 1994 que incorporara los tratados internacionales, y ello queda más que palmario en todo el texto de esta norma por su casi entera incompatibilidad, tanto en lo procesal como en lo sustancial con el bloque de constitucionalidad del artículo 75.22CN.²⁰

Esta ley, en relación a lo que nos interesa en este aporte, dispone lo siguiente:

“Artículo 38.- *Cuando la Policía comprobare la comisión de una falta estará obligada a intervenir a efectos del restablecimiento del orden, procediendo a la detención del infractor si se dieron algunas de las circunstancias del artículo siguiente y secuestrando también los efectos en infracción si los hubiere.”*

“Del mismo modo y para los supuestos en que la autoridad policial establezca por indicios vehementes, que se está cometiendo una falta grave flagrante de las previstas en los artículos 88 ter, inciso a) y b) y 107 bis, podrá clausurar preventivamente el local. La medida deberá llevarse a cabo con la presencia de dos testigos civiles por su carácter

¹⁷ Lo cual agrega irrazonabilidad y desproporción a la medida, haciéndola aún más incompatible con la CADH.

¹⁸ La legislación citada puede verse en el link oficial: <http://www.policia.lapampa.gov.ar/contenidos/ver/legislacion>

¹⁹ Sancionado el día 29/11/1988. Boletín Oficial n° 1800 del 16/6/1989, vigente desde el 01/01/1991.

²⁰ Del análisis particularizado sobre el CFP nos ocupamos en “Garantías constitucionales en el proceso contravencional”, junto con María Mercedes Viceconte. Revista de la Asociación Pensamiento Penal del 09/08/2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43963-garantias-constitucionales-proceso-contravencional>

cautelar, y debiendo ser puesta en conocimiento del Juez Competente, en un plazo no mayor de doce (12) horas; remitiendo las actuaciones dentro del plazo de dos (2) días hábiles a partir del procedimiento. El Juez en un plazo de dos (2) días hábiles, confirmará, modificará o desestimaré dicha medida en los términos y con el alcance que estime corresponder.”

“Artículo 39.- El imputado sólo podrá ser detenido por autoridad policial en los siguientes casos: 1º) Si fuere sorprendido in fraganti en la comisión de la falta o cuando se diere a la fuga inmediatamente después de haberla cometido; 2º) Para hacer cesar la infracción, cuando ella fuere continua o de efectos permanentes; 3º) Si existieren fundados motivos para creer que el imputado reiterará de inmediato la comisión de la falta por la índole o gravedad de la misma, o por la condición o estado del imputado; y 4º) Si el imputado no tuviere domicilio conocido en la Provincia y hubiere motivos para creer que eludirá la acción de la autoridad.”

“En ningún caso la detención podrá prolongarse más de veinticuatro (24) horas y será responsable de la violación de esta disposición tanto quién expida la orden como quién la ejecute. Cualquier prolongación de detención más allá de las veinticuatro (24) horas, sólo podrá disponerse según lo prescribe el artículo 54.”

“Artículo 49.- Ningún detenido por falta podrá ser incomunicado.”

Estas normas parecen delimitar un tanto más que la anterior la interferencia estatal, debido a que al menos vinculan necesariamente la privación de libertad a una falta previa o en ciernes. Los problemas más importantes del Código de Faltas Provincial pampeano en relación a ello son que no asegura ni la intervención judicial ni de la defensa de manera oportuna para el control de la privación de libertad, ni siquiera la comunicación inmediata²¹, pero además contiene una serie importantísima de contravenciones que no implican lesividad en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional. Por ende, sólo con esas dos cuestiones, el límite que aparece señalado de modo inicial aparece desdibujado en la sistematización con el resto del articulado en que se encuentran faltas sancionadas con multa y arresto que implican ejercicio de derechos al amparo del principio de reserva constitucional (la ebriedad que contraría las buenas costumbres por ejemplo), como así otras que ni siquiera son válidas constitucionalmente desde el principio de culpabilidad por no implicar siquiera actividad propia sino de terceros (las faltas al colegio de niñas/os por ejemplo) sumado a la falta de control ciudadano, defensorista y judicial de la privación de libertad y a que regula todo un proceso que en

²¹ Ello ocurre tanto en la ley como en las prácticas.

nada cumple con los principios constitucionales del debido proceso.

Puede verse además, que la elusión de la actividad jurisdiccional como peligro procesal para privar de libertad (que debería ser la regla) sólo aparece en último término y para cuando la persona no tiene domicilio en la provincia.

Por último encontramos normas que autorizan a privar de la libertad a las personas en la **Ley N° 2287 “Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa”²²**, esta norma sí es posterior a la reforma constitucional de 1994 y más acorde con ella:

“Artículo 240.- RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. *La libertad personal sólo podrá ser restringida de acuerdo con las disposiciones de este Código en los límites absolutamente indispensables para impedir la obstaculización del desarrollo de la investigación y asegurar la aplicación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que afecten mínimamente a la persona y su reputación. Se le comunicará, asimismo, la razón de la medida, el lugar donde serán conducidos, el juez y el fiscal interviniente. Se labrará acta de todo lo actuado.”*

“Artículo 242.- ARRESTO. *Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieren participado varias personas, no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos y no pueda dejarse de proceder sin peligro para el éxito de la misma, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto si fuera indispensable, sujeto a inmediata revisión del Juez de Control. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el estrictamente necesario para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza. En ningún caso el arresto durará más de veinticuatro (24) horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto imputado.”*

“Artículo 243.- CITACIÓN. *La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos de flagrancia y lo previsto en el artículo siguiente. Si el citado no se presentare en el término que se le fije, ni justificara un impedimento legítimo se ordenará su detención.”*

“Artículo 244.- DETENCIÓN. *Cuando hubiere motivos fundados para sospechar que una persona ha participado de un delito y fuera procedente recibirle declaración, el **Juez de Control, a solicitud del Fiscal**, librará orden de detención contra la misma, siempre que concurran los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 251. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para*

²² Sancionada el 07/09/2006. Boletín Oficial n° 2859 del 13/10/2006, puesto en vigencia el día 01/03/2011.

identificarlo y el hecho que se le atribuye. Será notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después. Efectivizada la medida, el imputado será puesto a disposición conjunta del Juez de Control y el Fiscal interviniente. En supuestos de urgencia, la medida podrá ser adoptada por el Fiscal, quien pondrá en conocimiento de ella, en forma inmediata, al Juez de Control.”

“Artículo 245.- DETENCIÓN SIN ORDEN JUDICIAL. *Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener aún sin orden judicial: 1º) Al que intentara un delito, en el momento de disponerse a cometerlo; 2º) Al que fugare, estando legalmente detenido; 3º) A la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, a partir de la existencia de una información razonablemente fidedigna, que posibilite la revisión judicial en el momento previsto por el artículo 247; y 4º) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.”*

“Artículo 246.- FLAGRANCIA. *Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.”*

“Artículo 247.- PRESENTACIÓN DEL DETENIDO. *El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar inmediatamente al detenido ante la autoridad judicial competente.”*

“Artículo 248.- DETENCIÓN POR UN PARTICULAR. *En los casos previstos en los incisos 1º), 2º) y 4º) del artículo 245, los particulares están facultados para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad policial.”*

“Artículo 249.- RECUPERACIÓN DE LA LIBERTAD. *En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, el Juez de Control dispondrá la libertad del imputado, cuando: 1º) Con arreglo al hecho que apareciera ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación; 2º) La privación de la libertad hubiere sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código; y 3º) Cuando lo solicitara el Fiscal por estimar que no requerirá la prisión preventiva.”*

Este código procesal es la norma más moderna que tenemos en La Pampa respecto del ámbito delimitado en este aporte, y aquí puede verse que los límites están mejor precisados. Un principio de limitación como regla atinente a los peligros procesales en el artículo 240, y en los sucesivos (242) limita la libertad pero solo en función de no alejarse del lugar o proceder al arresto con inmediata revisión judicial. En el 244 indica la

única autoridad competente para disponer detenciones, el/la Juez/a²³, y en el 245 respecto a las posibilidades taxativa y expresamente enumeradas de la detención sin orden judicial (la taxatividad surge del inciso 2º del artículo 249), todo lo cual resulta difícilmente compatible con la norma jurídica de facto de la policía, pero deja claro que el sistema normativo en función de los delitos exige vinculación a un hecho punible, disposición judicial y peligro procesal que no fuera posible asegurar de otro modo que no sea con la privación de la libertad temporal, o al menos así debería ser entendido según lo que veremos a continuación.

Entendemos que ello reduce el espacio de decisión arbitraria de la policía comparándolo con la privación de libertad por sospecha y/o averiguaciones que habilita la NJF citada más arriba, y con respecto a las contravenciones, lo cual aparece a todas luces como irrazonable.

Véase que de manera coincidente con sus genealogías y espacio temporal de su sanción, por un lado la NJF orgánica de la policía en la última dictadura cívico militar, por otro el código provincial de faltas entre ese tiempo y la reforma constitucional de 1994 que incorpora al máximo nivel jerárquico los tratados internacionales de derechos humanos, y en tercer lugar el código procesal penal con posterioridad a ello, crean sistemas más o menos flexibles en torno a las garantías frente a las posibilidades del estado de privar de la libertad, lo cual claramente conspira contra el derecho a la seguridad personal en los términos del artículo 7 de la CADH en tanto las habilitaciones al estado para privar de libertad no son claras y precisas sino variables y entregadas al arbitrio.

El resultado de normas incompatibles sancionadas cada una en uno de esos tres períodos de tiempo ha dado como resultado un ordenamiento jurídico aplicable con consecuencias irracionales e irrazonables, y por ende insostenibles para el sistema republicano de gobierno (Art. 1 CN y 1 de la CLP) puesto que la relación entre la habilitación estatal para penetrar en el espacio de libertad individual hasta su privación aparece inversamente proporcional al daño de la conducta que se endilgue a la persona: ante los hechos conflictivos de mayor dañosidad (delitos) las fuerzas de seguridad se ven más limitadas en su accionar hacia las personas sindicadas o sospechadas de su autoría o participación (por obra de una norma post reforma constitucional), que respecto de los de menos lesividad (faltas y contravenciones por obra de una norma de la democracia anterior a la incorporación de los tratados y convenciones de derechos humanos al nivel

²³ En las prácticas suelen ordenarse detenciones directamente desde las fiscalías poniendo luego a disposición del Juez a la persona detenida, lo cual ha ocurrido desde los inicios de la vigencia del código, cuando según entendemos ello no está permitido ni por el CPP ni por la Constitución Provincial como luego veremos, sino que el diagrama dispuesto es inverso: solicitud de la fiscalía y disposición del/la Juez/a.

constitucional) o de ningún daño (estados de las personas o averiguaciones en las normas que persisten de la dictadura) en que las facultades para privar de la libertad sin orden ni control judicial resultan mucho más amplias, e incluso lo habilitan por más tiempo.

De ello resulta que cuando el estado debería tener mayor interés en la intervención en función de la mayor gravedad del hecho, se encuentra con que tiene más límites para su intervención, por lo cual debe cumplir más requisitos para poder intervenir. Sin embargo, cuando menor debiera ser su interés en la interferencia sobre la libertad de las personas, menores límites tiene y por ende encuentra más allanado el camino para la privación de la libertad. Para ejemplificar lo absurdo de la lógica del sistema vigente basta con afirmar que un policía que en la vía pública pretenda detener a quien sospecha autor de un genocidio tiene más límites y debe cumplir con más requisitos que si pretende apresararlo por averiguación de antecedentes. Es más, para el primer caso necesitará una orden judicial previa y específica que se lo indique, mientras que para el segundo está sujeto a su entero arbitrio.

Queda claro entonces, por un lado, por qué afirmamos al principio que la más utilizada en la práctica era la NJF, y por otra parte, que el sistema normativo debe ser modificado urgente.

Ahora bien, subamos en la escala jerárquica de normas para ver qué sucede. La **Constitución de la Provincia de La Pampa**²⁴ prevé lo siguiente:

“Artículo 13°.- Es inviolable la defensa en juicio de las personas y de sus derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Nadie puede ser detenido sin que preceda indagación sumaria de la que surja semiplena prueba o indicio vehemente de la comisión de un hecho que merezca pena corporal, salvo el caso de ser sorprendido "in fraganti", en que todo delincuente puede ser aprehendido por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez o de la autoridad policial más próxima; tampoco podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente.”

“Artículo 14°.- Todo aprehendido será notificado por escrito de la causa de su aprehensión dentro de las veinticuatro horas y en el mismo plazo se lo pondrá a disposición de juez competente, con los antecedentes del caso. La incomunicación no podrá prolongarse más de cuarenta y ocho horas, salvo resolución judicial fundada, en cuyo caso no podrá exceder de setenta y dos horas. A pedido de cualquier persona, los jueces ordenarán a la autoridad a cuyo cargo esté la custodia de un detenido, que éste

²⁴ Sancionada el 06/10/1960 y con las reformas de la Convención de 1994. Convención Constituyente de la Provincia de La Pampa, 06/10/1994, vigente desde el día siguiente en toda la provincia.

sea llevado a presencia de aquella, sin perjuicio de las medidas de seguridad que se hubieren adoptado. En ningún caso la simple detención o arresto se cumplirá en cárceles de penados, sino en locales destinados a ese objeto.”

“Artículo 16°.- Todo habitante por sí o por intermedio de otra persona, que no necesitará acreditar mandato ni llenar formalidad procesal alguna, y a cualquier hora, podrá reclamar al juez más inmediato sin distinción de fueros ni de instancias, que se investiguen la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza real a su libertad personal. Inmediatamente el juez hará comparecer al recurrente y comprobada en forma sumarísima la violación, hará cesar sin más trámite la restricción o amenaza. En los mismos casos los jueces podrán expedir de oficio mandamiento de habeas corpus.”

Contrastación y análisis.

Representado el marco normativo vigente en nuestra provincia, al que luego agregaremos en el transcurso del análisis, la normativa nacional e internacional aplicable, estamos en condiciones de avanzar en el tratamiento de un plexo de garantías que rigen para el caso de que alguien sea privado de su libertad personal.

En el ámbito nacional, tal y como lo concluye en el aporte particular sobre el tema Alejandro Carrió, se puede esquematizar *“UN POSIBLE (Y SANO) ESQUEMA CONSTITUCIONAL”*²⁵ que contiene tres puntos fundamentales:

“1. La preferencia por las órdenes judiciales. A partir de las cláusulas constitucionales más relevantes, de las normas procesales reglamentarias de ellas y de algunos principios expuestos por la Corte Suprema de la Nación en el pasado, es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces. En lo que hace a normas constitucionales, debe concederse que nuestros constituyentes fueron bastante parcios. El artículo 18 de la Carta Magna se limita a señalar, por un lado, que “nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”, existiendo cierto acuerdo doctrinario en que esa autoridad competente es en verdad la judicial. Otras cláusulas razonablemente aplicables son las que consagran que es “inviolable de la defensa en juicio de la persona y los derechos”, y que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley...” (Mismo artículo 18 C.N.)... si se repasan las principales normas reglamentarias de estas garantías contenidas en los ordenamientos procesales, es notoria la preferencia exhibida por los legisladores tanto nacionales como

²⁵ Carrió, Alejandro “Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light”. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica02.pdf

provinciales porque las medidas coercitivas que afecten a esas garantías sean, en la medida de lo posible, dictadas por los jueces. El esquema que preside en general los ordenamientos procesales es que, salvo supuestos de urgencia en los que no sería practicable la obtención de la orden judicial, las decisiones que impliquen afectar la libertad personal de los individuos o avanzar sobre áreas de su intimidad, pertenecen al ámbito de los magistrados. Como corroboración de estos principios, la Corte Suprema de la Nación señaló por ejemplo en el caso Fiorentino (CSJN, Fallos, 306:1752), referido a la interpretación de la cláusula constitucional sobre inviolabilidad del domicilio, que “aunque en rigor no resulta exigencia del artículo 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que solo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo” (ver considerando 5° del fallo).”²⁶

“2. Estas medidas de coerción, para ser válidas, deben reconocer motivos previos.

Parece lógico suponer que esta preferencia porque sean los jueces quienes evalúen la procedencia de medidas de coerción que afecten derechos constitucionales, es porque se entiende que son ellos quienes están en una mejor situación para asegurar que la intromisión en la libertad o intimidad de las personas responde a motivos razonables, y no a un mero capricho. En relación con ello, el legislador nacional se ha preocupado por fijar criterios o standards que el magistrado debe observar, previo a autorizar una medida de este tipo. Así, en materia de detenciones, se requiere que existan motivos para recibirle al imputado declaración indagatoria, en conexión con un delito que tenga amenazada pena de prisión y sin que parezca en principio posible una condena de ejecución condicional (conforme artículos 282 y 283). Para allanamientos y registros, a su vez, el magistrado se encuentra constreñido a que “hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o (...) puede efectuarse la detención del imputado” (artículo 224). Para requisas personales, por último, se exige del Juez decreto fundado en que “haya motivos suficientes para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito” (artículo 230). En síntesis, todas las medidas de coerción previamente examinadas reconocen como recaudo para su validez la existencia de motivos previos, sin los cuales ni siquiera a un magistrado le está permitido ordenarlas.”²⁷

“3. Como mínimo ese mismo recaudo le es exigible a la Policía cuando actúa en casos de urgencia. El análisis de las disposiciones procesales reglamentarias de las

²⁶ Carrió Ob.cit., pág. 15/16.

²⁷ Carrió Ob.cit., pág. 17.

garantías constitucionales en juego muestra este sano principio. Cuando la Policía actúa sin orden judicial, invocando razones de urgencia, ella está como mínimo constreñida por los mismos recaudos que demandan la existencia de motivos previos para actuar. En realidad, hay casos donde es claro que a la Policía se le está exigiendo más que al Juez. La razón por la que entiendo que se está ante un principio sano es la siguiente. Si la Policía tuviera un standard de exigencias menor, o sea, si se le permitiera actuar en áreas restrictivas de derechos constitucionales en condiciones en que eso mismo le estuviera vedado a un Juez, es notorio que el principio básico de la preferencia por la intervención de un magistrado se vería notoriamente desdibujado. En ese esquema indeseable, es claro que la Policía carecería de todo incentivo para buscar la orden judicial de allanamiento, detención, registro, etc., puesto que -en ese esquema, reitero, indeseable- la Policía sentiría que es más lo que puede hacer sin orden judicial que actuando con ella.”²⁸

“Hay además otra razón para este esquema general. Es justamente a través de la orden judicial de detención, allanamiento, registro, etc., que se le ponen límites a nuestras fuerzas del orden, de manera de que no transformen su actividad en más allá de lo estrictamente necesario para obtener el fin deseado por el procedimiento coercitivo en cuestión. Así, será en la orden judicial de que se trate que se le indicará al Policía actuante qué es aquello en concreto que está autorizado a registrar, qué lugar en particular puede invadir y qué persona determinada está facultada a detener. Nuevamente, si el principio fuera que la Policía no está constreñida por los mismos recaudos que los magistrados, y que aquélla puede disponer medidas coercitivas en casos o de una manera en que no podrían hacerlo los jueces, todo este esquema de limitaciones a la actuación de las fuerzas del orden cuando ejecutan órdenes judiciales, perdería razón de ser. El principio de que la Policía no debe estar mejor cuando actúa por las suyas que cuando cumple un mandato judicial, exhibe en este punto toda su importancia.”²⁹

En el conocido fallo “Daray”³⁰ la CSJN había sentado lo siguiente:

“La detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno hace nulo el procedimiento y lo actuado en su consecuencia...Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento si se ha violado el art. 18 de la Constitución Nacional, según el cual la detención de los habitantes de la Nación requiere la existencia de una orden de autoridad competente.

²⁸ Carrió Ob.cit., pág. 18.

²⁹ Carrió Ob.cit., pág. 19.

³⁰ Sentencia CSJN del 22/12/1994. Fallos 317:1985

Las disposiciones que facultan a la Policía Federal a detener personas con fines de identificación no pueden ser utilizadas para legitimar arrestos cumplidos fuera de los casos indicados por la ley.”

“Si bien no hay ninguna inmunidad general de origen constitucional para ser sometido a proceso y a las medidas de coerción que éste implica, su ejercicio no puede estar librado a la arbitrariedad, y tratándose de quien todavía goza del estado de inocencia, toda medida restrictiva de libertad debe ajustarse a lo que dispone la ley (del voto de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor y Levene).”

“Es ilícita la detención de quien no fue visto cometer delito alguno por el personal policial, ni surge indicio alguno que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito (también del voto de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor y Levene).”

“La disposición normativa que autoriza a la detención de personas con fines de identificación personal, no constituye una autorización en blanco para detener a ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales.”

Que aparece ratificado en lo sustancial en “Fernández Prieto”³¹ pero más patente en los votos en disidencia:

“La actitud sospechosa de tres sujetos en un automóvil que se desplazaba por la vía pública, en manera alguna puede equipararse a las claras circunstancias –caso de flagrancia e indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad– establecidas por la ley procesal, por lo cual resulta ilegítima la detención (del voto en disidencia del doctor Fayt).

“Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultades para ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos; ello supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido (del voto en disidencia del doctor Petracchi).

“El recurso a una fórmula estereotipada como la ‘actitud sospechosa’ no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales (del voto en disidencia del doctor Petracchi).

“La inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido –hallazgo de estupefacientes– pues las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no

³¹ Sentencia CSJN del 12/11/1998. Fallos 321:2947

posteriormente (del voto en disidencia del doctor Bossert)”.³²

En el ámbito provincial, en primer lugar podemos decir que los artículos 13 y 14 de la Constitución Provincial prescriben que toda persona privada de su libertad debe ser ordenada por un/a Juez/a y/o puesta en presencia del/a Juez/a *inmediatamente*. Pero además, y antes de ello, deben tenerse reunidos los elementos necesarios para involucrarlo en un hecho punible, en consonancia con los estándares de la CSJN recién citados.

De aquí surge un primer límite o valladar a cualquier detención de personas, cual es la necesidad de vincularla a un hecho punible (delito o contravención). Ello debe hacerse “*con semiplena prueba o indicio vehemente*” dice la constitución pampeana, lo cual mas allá de su posible interpretación o anacronismo debido a que dicha terminología ya no existe en lo procesal pampeano, lo cierto es que deja claro que el legislador constitucional decidió dotar de una protección firme a la libertad frente a las posibilidades de su privación a cargo del estado, descartando la facultad de hacerlo mediante simple sospecha o presunción, pues exige un alto rango de acreditación objetiva inicial para poder vincular a una persona con un hecho punible, para recién luego habilitar la consideración de la privación de la libertad.

Por lo cual, todo el abanico de motivos contenidos en cualquier legislación inferior a estas normas que habiliten la detención o arresto de personas con sustento en calidades personales (ser conocido del ámbito delictivo), fines de la policía en su función de seguridad (paladín de esto es la averiguación de antecedentes) u otros motivos que no relacionen directamente con un hecho punible y que no se cuente antes de la demora-detención-aprehensión con prueba objetiva y explicable sobre esa vinculación delictiva, son inconstitucionales en el nivel provincial.

Por supuesto también, el hecho punible debe ser con sanción de pena corporal, lo cual excluye a los hechos para los cuales se prevé sólo multa. Debe ser pasado, presente, inminente o en curso, pues resulta de Perogrullo aclarar que los delitos futuros aún no lo son y por ende su presunción en abstracto no puede tomarse como base para sostener una detención. Mucho menos si la suposición se asienta exclusivamente sobre características estereotípicas de la persona³³.

³² Para un análisis detallado de ambos casos y sus estándares ver Madina, Marcelo “La detención policial en el ámbito de la Corte Suprema” de donde hemos extraído lo citado. Disponible en: <https://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/20/la-detencion-policial-en-el-ambito-de-la-corte-suprema-marcelo-madina/>

³³ En la obra de Adrián Martín y en el artículo de Carrió antes citados, se puede ver una reseña jurisprudencial profusa sobre estos particulares en términos de arbitrariedad. La CorteIDH lo ha sentado así en el caso “López Alvarez vs Honduras” sentencia del 01/02/2006, párr. 68.

Pero además, la vinculación de la persona con el hecho punible debe ser fehaciente, fidedigna, sobre prueba objetiva y concreta que la demuestre y permita su acreditación inicial, aunque por supuesto no con la certeza parcial o total que se exigen en los procesos penales para acusar y sentenciar respectivamente, pero sí lo suficientemente objetiva como para resultar fundada e ingresar en el espacio de facultades para intervenir sobre la libertad debido a la vinculación persona-hecho punible. Ello se encuentra en consonancia con el estándar de sospecha razonable de la CorteIDH. Como dice Larsen *“Para la Corte 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, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.”*³⁴

Es obvio, pero no está demás aclararlo, aún cuando la persona aparezca vinculada fehaciente y contundentemente con un hecho punible, tampoco la primera medida a cargo del estado es la privación de la libertad, sino la simple citación, como claramente lo indica la normativa citada del código procesal pampeano. Para considerar la detención restará el análisis de los peligros procesales (fuga o entorpecimiento de la investigación) a fin de considerar la posible aplicación de la facultad coercitiva más grave (privación de la libertad)³⁵.

Y como corolario de este complejo garantizador, nuestra Carta Magna provincial especifica lo que el artículo 18 de la Nacional no. Esto es, que nadie puede ser privado de su libertad (constituido en prisión dice la constitución) sin orden escrita del juez competente. Recuérdese que la Constitución Nacional sólo se refiere a *“autoridad competente”* (Art. 18CN) mientras que la pampeana particulariza en el juez, de lo cual surge claro que ninguna otra autoridad pública puede ordenar la privación de libertad de una persona ni siquiera temporariamente, con la única excepción de lo previsto taxativamente por el artículo 245 del CPP con la conceptualización de flagrancia del 246 y el requisito ineludible de presentación inmediata ante Juez/a competente que impone el artículo 247 del mismo código.

Como puede verse, el sistema constitucionalmente dispuesto, no distingue las causas de la privación de libertad. Es decir, si lo es por falta, contravención, delito o lo que fuere. Por ende, y en aplicación del principio general del derecho que manda a no

³⁴ Ver en Larsen, Pablo, ob. cit., p. 183, con cita del caso *“Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador”*.

³⁵ CSJN *“Nápoli, Erika Elizabeth y otros”*. 22/12/1998 (Fallos: 321:3630). Ver en Larsen, Pablo, ob. cit., p. 188/189, con cita de casos *“Suarez Rosero vs Ecuador”* 12/11/1997, *“Tibi vs ecuador”* 07/09/2004, *“López Alvarez vs Honduras”* 01/02/2006, *“Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador”* y *“Bayarri vs Argentina”* 30/10/2008.

distinguir si la ley no lo hace, del de máxima taxatividad interpretativa de la letra de la norma (Arts. 19 y 75.22CN y 9 CADH, fallos “Rizzo”³⁶, “Acosta”³⁷, “Arriola”³⁸ y “FAL”³⁹ de la CSJN, y “Kimel vs Argentina” de la CorteIDH⁴⁰) y en especial si son personas con menos de dieciocho años de edad, la Regla 11.b de las Reglas de La Habana⁴¹, debe entenderse que se aplica a todos los supuestos posibles de privación de la libertad ambulatoria, cualquiera fuera el nombre que se le asigne: aprehensión, demora, detención, retención o similar, y por más que la Norma (no) Jurídica de Facto que regula la actuación de la policía admita lo contrario, pues jerárquicamente es inferior y a la luz del principio de legalidad formal, ni siquiera debiera ser válida constitucionalmente al nivel nacional, como ya dijimos, por no provenir del órgano constitucionalmente legislativo (Art. 75,12 CN).

Pero además, desde el requisito de legalidad formal es inconstitucional también en el ámbito provincial esa norma por tratarse de una (no) jurídica de facto dictada por un órgano que no era la Cámara de Diputados de La Pampa, única autorizada constitucionalmente a dictar normas legales en el ámbito provincial que impliquen la privación de libertad de las personas en su jurisdicción (Art. 68, inciso 16 de la C.Pcial.).

Para contrastar lo que venimos diciendo con las disposiciones inferiores, veamos la literalidad del artículo 13 de la Constitución de la Provincia de La Pampa, y si bien el 14 parece ampliar las facultades y tiempos disponibles, no debe perderse de vista que todo lo que en ésta norma se dispone es habilitado siempre y cuando se cumpla previamente lo que manda la primera de ellas, pues cuentan con una prelación lógica y racional en el diagrama que diseñan para permitir la privación de libertad de las personas. Esto es: 1) que la detención hubiese sido ordenada judicialmente, 2) que el Juez haya tenido ante sí a la persona privada de su libertad, 3) que ésta pueda ser vinculada a un hecho punible, 4) que se justifique fundadamente su privación de libertad, 5) si es necesaria su incomunicación, y además, 6) todo ello controlado por su defensor de confianza o un defensor oficial, pues véase que el artículo 13 comienza por garantizar el ejercicio de la defensa como pilar para todo lo que sigue, redacción que en las prácticas pareciera que no existe, pero que indica el camino desde el inicio bajo el control defensivo.

A fin de no tornar ilusorias las garantías procesales y del debido contralor de su

³⁶ Sentencia del 18/06/2013 (Fallos 336:760)

³⁷ Sentencia del 23/04/2008 (Fallos 331:858)

³⁸ Sentencia del 25/08/2009 (Fallos 332:1963)

³⁹ Sentencia del 13/03/2012 (Fallos 335:197)

⁴⁰ Sentencia del 02/05/2008 CorteIDH. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

⁴¹ Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

respeto, para que no queden sólo en las normas conocidas por los operadores policiales y judiciales, sino que las conozcan efectivamente los titulares de los derechos a cuya protección apuntan y especialmente quienes se encuentran en la situación concreta de privación de la libertad, éstas deben ser: 1) informadas de manera comprensible y notificadas al aprehendido-demorado-detenido-retenido en el primer momento posible, 2) las autoridades encargadas de la detención no pueden materializar tamaña privación de la libertad sin testigos civiles de actuación, y 3) deben comunicar el arresto inmediatamente al juez competente.

Asimismo, y en el primer momento en que ello sea posible, 4) se debe permitir al detenido que avise a un familiar o persona de su elección y 5) a un abogado de su confianza o defensor oficial, o 6) en su defecto, para el caso de que la persona privada de su libertad no pueda hacerlo por la situación personal, de salud, psicológica, etcétera en que se encuentre o por carecer de medios a disposición, debe hacerlo la autoridad policial o de cualquier índole a cuyo cargo se encuentre, 7) ser revisado por un médico matriculado (preferentemente no perteneciente a la misma autoridad) que deje constancia (y se la expida al detenido) de su estado de salud en todos los aspectos verificables, quien deberá tener la autoridad suficiente para disponer la atención médica, traslado a centro de salud y/o la intervención o abordaje que sea necesario para lo que constate, 8) si han sido detenidos por contravenciones, no ser alojado con personas detenidas por delitos, si son menores de 18 años de edad no ser alojados con adultos, respetar el género y no ser alojadas/os con personas de otro, y en todos los casos no ser alojados con personas que cumplan condenas; como así también 9) ser alojados en establecimientos y bajo un régimen compatibles con la vida digna y que cumplan los estándares internacionales en materia de condiciones de alojamiento mientras dure la privación de libertad.

Tales particularidades no resultan de criterios antojadizos de nuestra parte, sino que son los estándares internacionales vigentes en materia de Derechos Humanos⁴², sobre los cuales varios estados latinoamericanos han sido condenados, cuyo detalle excede el marco de este aporte, pero entre ellos se encuentra el Estado Argentino que registra varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su contra por estas razones, entre ellas por el tristemente célebre caso “Bulacio”⁴³. Sin embargo parece que no se ha acusado el recibo de tamañas decisiones internacionales y se mantienen las normas jurídicas que permiten acciones policiales de detención arbitraria,

⁴² Ver detalle en Larsen, Pablo, ob. cit., p. 182/191, con cita de los casos específicos sobre cada particular.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Bulacio Vs. Argentina”. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

inconstitucionales y anti convencionales, sin control judicial, republicano ni directo por interesados, y por supuesto, que habilitan y legitiman normativamente las prácticas que aunque enraizadas desde hace mucho, se han visto recrudescidas en el último tiempo, aún cuando en nuestra provincia han existido varios casos similares terminados en tragedia, desde el famoso “Caso Canale” en adelante, el cual aún puede generarle responsabilidad internacional al estado argentino, puesto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo ha admitido para estudiar el fondo de la cuestión en virtud de los derechos humanos allí vulnerados⁴⁴.

En el marco del acuerdo celebrado en el caso “Bulacio”, es oportuno recordar que el Estado Argentino reconoció haber violado derechos humanos en torno a una detención contravencional en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de los planteos y argumentos formulados por las partes y en el ámbito de la solución amistosa propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aceptada por el Decreto Presidencial Nº 161 de fecha 31 de enero de 2003, EL GOBIERNO reconoce la responsabilidad por la violación a los derechos humanos de Walter David Bulacio y su familia con base en la demanda efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido se deja constancia que Walter David Bulacio fue víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado ejercicio del deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales y vistas las consecuencias jurídicas y la irrenunciable vocación del Gobierno y del Estado Argentino de cumplir integralmente con las normas de derechos humanos a las que se ha obligado nacional e internacionalmente, resuelve asumir la responsabilidad internacional y sujetarse a las reparaciones correspondientes que determine la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

Y la CortelDH por su parte, sentó lo siguiente:

“38. Esta Corte considera que existe un consenso básico entre las partes, que las ha llevado a suscribir tanto un acuerdo de solución amistosa como un documento aclarativo del mismo, con el objeto de que no exista duda alguna sobre los alcances de éste. A la luz de los documentos anteriores la Corte constata la voluntad de las partes de poner fin a la controversia en lo que respecta al fondo del asunto. En razón de lo anterior, y tal como lo había determinado este Tribunal en su Resolución de 6 de marzo de 2003, ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen a este caso. A la luz del acuerdo de solución amistosa suscrito por las partes

⁴⁴ Una reseña completa del caso puede verse en el informe de admisibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos n° 73/14, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/ARAD272-05ES.pdf>

y su documento aclaratorio, y de las pruebas aportadas por éstas, la Corte concluye que el Estado violó, como lo ha reconocido: a. El derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, quien fue detenido por la policía de manera ilegal y arbitraria dentro de un operativo de razzia sin que mediara orden judicial, y al no habersele informado de los derechos que le correspondían como detenido, ni haber dado pronto aviso a sus padres y al juez de menores sobre la detención.”

“d. El derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, al no haber informado al juez de menores inmediatamente de la detención de aquél. Por otra parte, se privó de estos mismos derechos a los familiares de Walter David Bulacio al no haber provisto a éstos de un recurso judicial efectivo para esclarecer las causas de la detención y muerte de Walter David, sancionar a los responsables y reparar el daño causado.”

Estándares que, como puede verse, se relacionan estrictamente con lo que venimos diciendo, pero a mayor abundamiento asentaremos lo que entendemos es obligatorio, trayendo a colación un fallo mucho más reciente de la Jueza Contravencional Sandra Saidman, de Barranqueras (Chaco) sobre el particular que consideramos enteramente vigente para nuestra provincia⁴⁵:

“La experiencia nos viene demostrando que examinar la legalidad de las detenciones llevadas a cabo diariamente por las autoridades policiales, motivadas en supuestas infracciones contravencionales, no es un deber que se cumpla efectivamente y que en nuestro país, determinar la razonabilidad del proceder policial en éstas circunstancias y en particular en nuestro derecho, es una tarea casi desdeñada. En éste caso concreto, Roldán estuvo detenido 16 horas y tal vez ésta cantidad de tiempo parezca insignificante, pero si acumuláramos la cantidad de horas que miles de ciudadanos argentinos se hallan detenidos por hechos como el presente, el resultado, estoy convencida, preocuparía ó al menos, eso correspondería a quienes tienen la responsabilidad de velar por un verdadero estado de derecho.”

“El derecho a la libertad ambulatoria se halla reconocido en el artículo 14 de la Constitución Nacional y establecida la única forma de su limitación en el artículo 18. Por su parte el artículo 19 destaca la privacidad de las acciones que no implican perjuicio a terceros, coadyuvando así el la limitación de injerencias estatales en la vida de los

⁴⁵ Expte.Nº771/12. Resolución Nº 348. Barranqueras, Chaco, 05 de Julio de 2013. Causa "ROLDAN, ROBERTO NICOLAS S/SUP.INFRACCION AL CODIGO DE FALTAS", Expte.Nº771/12. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos37126.pdf>

ciudadanos. Por otro lado, la incorporación al derecho interno con rango constitucional de instrumentos protectores de DDHH ha coadyuvado a formar un plexo normativo que ha venido a reforzar, juntamente con la jurisprudencia internacional, el escudo protector de las personas frente al avance del Estado respecto de sus derechos.”

“Desde esta perspectiva es imprescindible destacar que la C.A.D.H. establece en la parte pertinente de su artículo 7) titulado "Derecho a la Libertad Personal", en cuanto al derecho a la libertad ambulatoria, a la posibilidad estatal de coartarla y los requisitos a cumplir que: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales: 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.”

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado recientemente que este artículo 7º posee dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. En cuanto a la regulación general sostuvo que ella se encuentra en el primer numeral, en tanto establece que: toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

“Por su parte, añadió que la regulación específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7) (Corte IDH, Serie CNº170, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez C. Eduardo, párr. 51).”

“Es así que la C.I.D.H. ha fijado una interpretación sólida y concreta de los alcances de estas disposiciones, en particular de los numerales 2 y 3, en tanto establecen que los Estados partes no pueden llevar adelante detenciones ilegales o arbitrarias.”

“En el caso "Chaparro Álvarez" la C.I.D.H. señaló con relación al alcance del numeral 7.2 de la Convención que allí se reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal.”

“Es importante destacar en este punto (el de ley) la cita pertinente del párrafo 38 de la Opinión Consultiva Nº 6/86 en cuanto se dijo allí que para la Corte el término ley implicaba una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y

elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

“En esta línea la Corte agregó en el párrafo 57 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.”

“Adrián N. Martín expresa que: "...en primer lugar, que toda privación de libertad debe ser dispuesta por escrito de parte de autoridad competente, es decir, un juez. En segundo lugar que, además de escribir la orden de detención, el Juez deberá contar con razones legalmente válidas que deberá expresar en ello. Es decir que sólo será legítima una privación de libertad si fuera ordenada por un Juez mediante una orden fundada y apoyada en una norma habilitante. Sólo de forma excepcional otra autoridad distinta de la judicial, podrá disponer el arresto de una persona y, en tales casos, también deberán, ineludiblemente, concurrir razones fundadas que justificaran la medida basada en una norma que la habilite, prescindiendo de la orden judicial...Por ello, no es posible para la autoridad no judicial prescindir o extralimitarse de lo indicado por la ley habilitante, ni del cumplimiento de su obligación de fundamentar qué supuestos fácticos hicieron pertinente la aplicabilidad de dicha autorización. En ese sentido la doctrina ha destacado innumerable cantidad de veces que esta excepción exime a la agencia policial de la correspondiente orden judicial previa, mas nunca de las razones debidamente fundadas" ("Detenciones Policiales Ilegales y Arbitrarias en la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", 1a.Ed. Ed. Del Puerto, 2010, p.55).”

“Continúa Martín: "En suma, pasajes de algunas sentencias de la C.I.D.H. permitirían diferenciar las detenciones que la Convención califica de ilegales de las que cataloga como arbitrarias. En las primeras, la privación de libertad se realiza en infracción a las disposiciones internas del país lo que, si bien constituye una violación grave, no es complejo de determinar por cuanto no posee norma legal que la avale. En cambio, la riqueza mayor de las resoluciones citadas se da en tanto diferencian otro tipo de detenciones, en principio formalmente legales, pero incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser irrazonables, imprevisibles, o falta de proporcionalidad" (autor, obra y p.cit.).”

Puede verse claramente con la sola lectura de los estándares dispuestos para el

efectivo ejercicio de la libertad personal y los requisitos necesarios para su privación a cargo de órganos estatales, los cuales han formado las líneas centrales de la jurisprudencia de la CSJN en los casos “Daray” ya citado, “Fiorentino”⁴⁶, “Rayford”⁴⁷, , “Tumbeiro”⁴⁸, “Szmilowsky”⁴⁹ y “Waltta”⁵⁰ entre otros (cuyo tratamiento excedería el objeto de este aporte), y de su contrastación con las normas existentes en nuestra provincia, que éstas no superan ningún análisis de compatibilización, ni con la Constitución Provincial, ni con la Nacional ni con las normas y fallos internacionales y nacionales.

Sin embargo siguen vigentes formalmente, y lo que es peor, resultan de aplicación de manera constante a lo largo y a lo ancho de nuestro territorio provincial, lo cual ni siquiera es nuevo y para muestra basta un botón: en el místico y conocido caso del gaucho Bairoletto, fue detenido en 1913 por una orden policial del entonces Jefe de Policía del Territorio Nacional de La Pampa Central (Pedro Basualdo⁵¹) y no de una autoridad judicial, con la historia siguiente de huidas, persecutas dantescas y demás hasta su muerte. Ello era permitido por los edictos policiales vigentes por entonces pero parece que las cosas no han cambiado mucho pese al cambio legislativo y de siglo.

Lo cierto es que, en clave de análisis normativo, la jurisprudencia de la CortelDH sumada a la de la CSJN citadas, ha dejado claro que una privación de libertad es arbitraria si carece de fundamentos válidos en términos de derivación razonada del derecho vigente que la justifique⁵², si aún fundada en la ley es incompatible con la CADH y si resulta incompatible con los derechos fundamentales de la persona por irrazonable, imprevisible o desproporcionada⁵³. En tanto es ilegal si no resulta de la estricta aplicación de la ley formal, entendida ésta como producto del órgano autorizado para ello, defecto que posee la NJF de la policía⁵⁴ pero no el CPP y el CFP pampeanos, que sí provienen de la legislatura provincial, pero que no superan el análisis constitucional al nivel provincial y nacional, como así tampoco el contraste con las normas internacionales, y no por el órgano del cual provienen sino por su contenido, el cual por mandato del artículo 7 de la CADH debe ser compatible con las constituciones políticas, aunque debemos ser sinceros, el CPP resulta mucho más compatible que el CFP.

Empero ello, es necesario decir que más allá del deber ser normativo está el ser de

⁴⁶ Sentencia del 27/11/1984 (Fallos 306:1752)

⁴⁷ Sentencia del 13/05/1986 (Fallos 308:733)

⁴⁸ Sentencia del 03/10/2002 (Fallos 325:2485)

⁴⁹ Sentencia del 06/02/2003 (Fallos 326:41)

⁵⁰ Sentencia del 21/09/2004 (Fallos 327:3829)

⁵¹ Ver la publicación del Dr. Rodolfo Parbst en <https://rodolfoparbst.blogspot.com.ar/2015/04/el-gaucho-bairoletto-el-robin-hood-de.html>

⁵² Entre otros, “De la Rúa, Fernando y otros” CSJN 14/06/2005 (Fallos: 328:2019)

⁵³ Ver en Larsen, ob. Cit., p. 181 con cita del caso “Gangaram Panday vs Surinam” del 21/01/1994.

⁵⁴ Que también presenta los defectos del párrafo anterior: imprevisibilidad, irrazonabilidad y desproporción.

las agencias de control social, y en este dinamismo del poder punitivo⁵⁵ poco importa a las agencias de selección criminalizante en su dinámica de poder si la norma que los legitima en su actuar es constitucional o no en términos abstractos de legalidad formal, pues resulta aplicada de manera sistemática igual dando forma de deber jurídico y de mandato normativo a un conjunto de prácticas que no lo son. Me refiero con ello a la detención por averiguación de antecedentes, demoras y detenciones en la vía pública con argumentos que no superan el mandato de precisión del principio de legalidad (cuyos ribetes han terminado también con una sentencia contra Argentina en el ámbito interamericano⁵⁶), que contienen referencias a actividades ilícitas supuestas o que sean presumibles por las condiciones o antecedentes de los individuos, calidades personales o las características particulares que hagan sospechar a las autoridades policiales sobre futuros comportamientos ilícitos, alteraciones del orden a instancia de la propia policía, y demás arbitrariedades que permite la vaguedad y ambigüedad de las normas citadas más arriba en el ámbito legislativo provincial.

De ese modo, en la realidad, se legitiman prácticas selectivas arbitrarias de higienización social, de supuesto orden y pacífica convivencia moralizada, pero que en todos los casos suponen la materialización y reproducción de la selectividad penal como procesos de securitización⁵⁷, que pone en juego siempre una falsa dicotomía entre el ejercicio de la libertad y la seguridad ciudadana, lo cual desde las agencias de control social formal suele implicar la flexibilización de los derechos y garantías ciudadanas en pos de un mayor estándar de una supuesta seguridad policizante⁵⁸ que a la sazón ni siquiera existe y termina resultando en cuanto al propósito exteriorizado totalmente mínima cuando no inocua. Según las últimas estadísticas oficiales, por ejemplo, tanto a nivel nacional⁵⁹ como a nivel provincial⁶⁰, se ha batido los récords históricos de personas

⁵⁵ Para entender el funcionamiento del sistema penal y las criminalizaciones primaria y secundaria, ver Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial EDIAR, Bs.As., 2006, págs.3/28.

⁵⁶ Ver el caso “Kimel c Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 02/05/2008. Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:csbkSPmV4aoJ:www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar

⁵⁷ En el sentido dado por Ariel Ospitaleche en “La (in) seguridad ciudadana y la protección del espacio público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41822.pdf>

⁵⁸ Sobre las aseveraciones no desmenuzadas en este pasaje del trabajo, ver en detalle Oscar M. Blando “Detención policial por averiguación de antecedentes. Estado de Derecho, Policía y abuso de poder”. Editorial Juris. Rosario, Santa Fe, 2000. Especialmente capítulos I “Estados democráticos, accionar policial e impunidad: la ‘seguridad ciudadana’” p. 9/78 y III “Detención de Personas y Constitución: La detención policial en averiguación de antecedentes”, p.127/162.

⁵⁹ Así da cuenta la nota del diario popular del 09/06/2017 del link: <https://www.diariopopular.com.ar/policiales/record-historico-presos-las-carceles-federales-n311561> y el informe de la PPN allí citado, ratificando lo expuesto, se encuentra disponible en el link: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202016_0.pdf

⁶⁰ Así da cuenta el comunicado de la Defensoría General de la Provincia de La Pampa contenido en la siguiente nota del

privadas de la libertad, frente a lo cual los niveles de inseguridad -y sensación de inseguridad- deberían haber bajado. Sin embargo, junto a la cantidad de delitos judicializados, se registran en franco aumento.

En cuanto a las consecuencias prácticas para la vulneración de derechos, resulta altamente dañosa en términos de humanidad, agravada por la invisibilización desde el propio Estado, aunque es de destacar que ello es cada vez menos controlable debido a las nuevas tecnologías y las nuevas lógicas de las redes sociales en materia de visibilización ciudadana de las prácticas estatales (por ejemplo mediante la filmación de procedimientos y viralización por redes sociales con reproducción de los medios masivos de comunicación).

También entendemos que la invisibilización de las prácticas arbitrarias de securitización suelen ser legitimadas desde diferentes sectores de la comunidad debido a una multiplicidad de factores, cuyo estudio excedería el marco del presente aporte, pero que redundan en que la criminalización habilitada por el tipo de normas como las aquí cuestionadas recae casi siempre sobre los “otros” de la sociedad. Esos “otros” que pertenecen a los sectores sociales más desaventajados, estereotipados, sindicados como una suerte de enemigos internos, conformados por personas de mayor vulnerabilidad al poder punitivo sólo por pertenecer a determinadas extracciones socio-culturales, a quienes por estos días hasta parece recomendable como opción políticamente correcta retacearles derechos que la “gente” no vulnerable al poder punitivo puede ejercer de manera plena. Es más, en los tiempos que corren parece que para que lo segundo sea una realidad (acceso a los derechos de las personas no vulnerables al sistema penal) lo primero debe ser una política pública (restringir los derechos de las personas vulnerables al poder punitivo), lo cual configura directamente una categorización de seres humanos y de derechos derivadas de sus calidades, lo cual es de Perogrullo afirmar, va en contra de todos los principios estructurantes y estructurales del Estado de Derecho positivizados en las normas del máximo orden jerárquico.

Como afirma Adolfo Pérez Esquivel para ayudarnos a entender el verdadero fundamento detrás del disfraz de la seguridad como valor positivo de las políticas neoliberales:

“Una de las herramientas esenciales para el sistema se perfila en la legitimación de las normas que son estructural y humanamente injustas y por lo tanto ilegítimas. En

diario el diario del día 01/01/2017, disponible en el link: <http://www.eldiariodelapampa.com.ar/index.php/107-portada/destacadas/29959-denuncian-alarmante-crecimiento-de-la-tasa-de-encarcelamiento> y al mismo Defensor General dando cuenta de los indicadores en la entrevista disponible en link: <https://www.youtube.com/watch?v=u3XkXTi674g&feature=share>

nuestro país se ha acrecentado con velocidad sorprendente el marco de facultades del Poder Ejecutivo, en detrimento de los otros poderes, es así que toda la legislación que regula las funciones de las fuerzas encargadas de la seguridad se enquistó en nuestra sociedad sobre la base de normas que atentan contra las libertades y garantías fundamentales. Entender que el punto de partida valórico de esta legislación lo constituye el derecho del poder más que el Estado de Derecho nos enfrenta a los desafíos en materia de seguridad y defensa.”

“Indudablemente es necesario diferenciar aquellas normas que aunque legales por ilegítimas, no pueden ser obedecidas”

“Nuestro lugar común para releer la actividad de los poderes del Estado lo constituye la vigencia de los derechos humanos entendidos éstos desde su integralidad. El sistema será democrático en la medida que asegure estos derechos, si los violenta, la sociedad debe reaccionar y criticar cada uno de los aspectos que lo convierten en una demócradura o democracias condicionadas y restringidas”⁶¹

Pues precisamente esto es lo que pretendemos con este aporte, poner en crítica un sistema legal establecido desde y para el poder (que genealógicamente, como vimos, proviene de la última dictadura cívico-militar en su habilitación máxima de arbitrariedad) que, como todo poder en su dinámica de campo, tiende a aumentar y desbordarse, máxime cuando sus bordes son poco claros y difusos como los que presentamos (lo cual habilita mayor discrecionalidad en el uso del poder) y aparece como un instrumento de máxima utilidad que termina por legitimar privaciones de la libertad que afectan de manera múltiple los derechos y garantías fundamentales, como ha sucedido en el último tiempo con mayor rigor por nuestros lares.

No nos referimos a la imposibilidad policial de dialogar con personas, retenerlas e identificarlas o intervenir ante conflictos sociales en el marco de la gestión y control de los espacios públicos o de acceso público en pos de garantizar la convivencia social, democrática y tolerante de la diversidad, e incluso en el marco de la prevención de los delitos en ciernes o inminentes, sino a la privación de libertad discrecional y arbitraria (aprehensión-demora-detención) a cargo de autoridades no competentes para ello, y/o con motivos, fines y propósitos contrarios a los permitidos constitucional y convencionalmente, que aparecen habilitados por las normas criticadas.

Se nos aparece necesario destacar entonces, que los límites aquí tratados no forman parte del abanico de opciones para su observación y cumplimiento -o no- por parte de los estados, sino que son obligaciones inexcusables a su cargo como sujeto obligado a

⁶¹ Citado por Oscar M. Blando en la obra citada, p.274.

que se garanticen los derechos humanos en sus territorios y para todas las personas que lo habitan en los límites impuestos por las constituciones políticas y los tratados internacionales. La privación de la libertad de las personas en los ámbitos determinados por este aporte no es una cuestión maleable de política criminal que el estado puede decidir a discreción, sino que se trata de una cuestión de derechos humanos limitada desde el marco convencional y constitucional vigente, todo lo cual debería ser una parte importante de la formación de las fuerzas de seguridad.

En suma, dentro de los parámetros de ese marco, el estado se encuentra libre para decidir como implementar y diagramar el uso de sus facultades para brindar mayores niveles de seguridad ciudadana respetando la libertad de las personas y que ello implique una herramienta útil para asegurar la convivencia democrática, pero fuera de ese marco, sus facultades están vedadas, no las tiene, carece de ellas por derecho aunque se las atribuya de facto como queda palmario con lo visto hasta aquí.

En estos contextos de privación de la libertad sin control judicial ni ciudadano, además y como frutilla del postre, suelen soslayarse las diversas perspectivas en materia de derechos humanos, me refiero con ello a las cuestiones de género (incluyendo por supuesto la identidad de género auto percibida), niñez, discapacidad, salud mental, etcétera.

También suelen emplearse privaciones de libertad en marcos no permitidos, para sólo ejemplificar, nos referimos a los casos en que se ha demorado a personas adultas sólo por ingerir alguna bebida alcohólica en la vía pública (en ejercicio de su intimidad constitucional), a particulares por mirar, tomar fotografías o filmar procedimientos policiales (en el ejercicio de su poder de control republicano) o simplemente por permanecer algún tiempo en un mismo lugar o transitar (en ejercicio de su libertad locomotiva), a niños no punibles por diferentes acciones (cuando la CIDN y las leyes nacionales y provincial lo impiden) o sólo por estar en compañía de adultos que a su vez son detenidos arbitrariamente por algunas de las causas anteriores (en ejercicio de su capacidad progresiva para decidir sus acciones y/o en el ámbito de la responsabilidad parental), etcétera, cuando ninguna de esas actividades está prohibida en la normativa sancionatoria vigente e implican ejercicios de derechos.

Dejamos de lado en el análisis la violencia con que también se suele denunciar que se realizan muchos de esos procedimientos, pero ello no implica que no la tengamos en cuenta como una manifestación práctica más en el mundo del ser, habilitada por la normativa que criticamos, lo cual resultaría tela para cortar en otro aporte, pero que en materia del ejercicio de la fuerza estatal permitida (cuali y cuantitativamente) suele

exceder los estándares permitidos por las normas y jurisprudencia internacional aplicable en torno a la legalidad, necesidad y proporcionalidad⁶².

En fin, aparece necesaria y urgente desde hace tiempo la reforma de las normas jurídicas actualmente “vigentes” en nuestra provincia, con el fin de comenzar a adecuar el sistema normativo a los estándares constitucionales y convencionales, y que las prácticas sigan a dicha compatibilización en pos del reforzamiento del estado constitucional de derecho.

Ahora bien, como corolario de los estándares que hemos tratado de exponer hasta aquí como obligatorios en la materia estudiada, puede verse claramente el incumplimiento con el mandato del artículo 7,2 de la CADH, puesto que la NJF que funciona como ley orgánica de la policía, el Código de Faltas Provincial y el Código Procesal Penal de La Pampa habilitan privaciones de la libertad de modo incompatible con las constituciones políticas (provincial y nacional) y hasta con la propia CADH, y de allí también la necesidad de su reforma, con el fin de cumplir el mandato del artículo 2 de la CADH ya citado.

Entendemos también que debe tenerse muy en cuenta lo que prescriben los artículos 7 de la CADH y 9 del PIDCP en el sentido de que el hecho que afecte la integridad personal, la seguridad o la honra del detenido será imputable a sus aprehensores o a las autoridades que lo ordenaron o permitieron, salvo prueba en contrario. Como así también el último párrafo del artículo 18 de la Constitución Nacional, que luego de indicar que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas, impone que: “...*toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*”.

Entendemos como atinado finalmente y a modo de corolario de todo lo expuesto aquí, remitirnos al viejo adagio latino de Juvenal “quid custodiet custodes?” (¿Quién custodia a los custodios? En el sentido de ¿Quién controla a los que controlan? O ¿Quién vigila a los que vigilan?), que podríamos reformular más modernamente en el sentido de que implique tanto a quienes deben dictar las leyes, a quienes deben aplicarlas y a quienes deben hacerlas cumplir, pero también a los organismos de monitoreo y control de derechos humanos, pues todo el espectro es abarcado por el principio republicano de gobierno, desde el cual (combinado con los vistos aquí) aparece como imponiendo una política pública tendiente al aseguramiento de “...*los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...*” como indica el prólogo de la Constitución Nacional.

⁶² Ver en Larsen, ob. Cit. Pág. 170/174

De allí también la necesidad y urgencia en la reforma de las normas aquí tratadas, pues recordemos que más allá de resultar necesaria la participación y compromiso de la comunidad toda, el único obligado a prevenir la vulneración de derechos humanos, asegurar su ejercicio, prevenir con debida diligencia su afectación, garantizar el conocimiento, divulgación, aprendizaje y respeto de esos derechos, y reformular las políticas públicas, leyes y prácticas que los vulneran, es el Estado en todas sus dimensiones -nacional, provincial y local-.⁶³

⁶³ Pues aunque no lo dijimos, también hay vulneraciones a principios constitucionales y mandatos convencionales en los códigos de faltas municipales vigentes en nuestra provincia.