

ESTÁNDAR DE SOSPECHA PARA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

Autores

AGUSTINA MITRE

ALVARO MIGUEL GONZALEZ

Colaboradores

MARIA MARTA CONTRERAS CUENCA

MARIA GABRIELA TONINI

ANA CECILIA ESCOBAR

MATIAS ANTONI

LUIS FERNANDO RUBIO ROIG

Introducción

En el presente trabajo se analizará el estándar de sospecha como presupuesto para la privación de la libertad en el proceso penal. Para ello en primer lugar se establecerán los parámetros que legitiman y limitan los alcances de la sospecha como presupuesto para privar de libertad a una persona, fijados especialmente por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que rigen con jerarquía constitucional nuestro sistema jurídico interno, por la Constitución Nacional (en adelante CN) y por la jurisprudencia desarrollada al efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y otros órganos internacionales; luego estos parámetros serán contrastados con nuestra legislación local de forma. Ello en primer lugar a fin de realizar un “control de convencionalidad” sobre cada uno de los supuestos, y en caso de ser necesario, limitar en la interpretación los alcances de ellos para ponerlos a tono con la normativa internacional sobre la materia.

Toda persona goza de un estado jurídico de no culpabilidad. De este estado jurídico se deriva el principio de inocencia que tiene jerarquía constitucional (arts. 18, 75, inc. 22, CN). El individuo goza, además, del derecho a la libertad ambulatoria y no puede ser privado de éste arbitrariamente. El estado de inocencia y libertad ambulatoria son pilares fundamentales e indispensables para la organización política y jurídica de la sociedad, propia de un Estado de Derecho. Jauchen conceptualiza al derecho a la libertad física como el derecho de todo habitante por su cualidad de persona, de gozar de autonomía decisional sobre su ubicación, residencia, traslación y ambulación física, pudiendo oponer en principio este derecho frente a los demás habitantes y frente al Estado. Las excepciones son la restricción de la libertad por condena por sentencia firme ante la comisión de un delito y la restricción de la libertad del imputado sometido a proceso para asegurar los fines del mismo¹.

Por otro lado, existe el deber del Estado, en el ejercicio de su poder punitivo de promover la seguridad general y para ello prevenir y sancionar los delitos. En los términos del preámbulo de la Constitución Nacional: promover el bienestar general y afianzar la

¹ Eduardo M. JAUCHEN, *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 81/82.

justicia. Desde esta perspectiva cabe remarcar la naturaleza necesaria del *ius puniendi* como instrumento para alcanzar el bien común político, sin el cual no hay convivencia social posible.

Muchas veces el Estado, en el ejercicio de su poder punitivo debe “restringir” ciertos derechos reconocidos a las personas. Ese ejercicio tiene unos límites que derivan de la premisa de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar *limitadamente* (cfr. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/V11/88. Véase, también, Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245). Por ejemplo, el Estado puede limitar la libertad ambulatoria de las personas. Para definir si aquella actuación del estado es legítima hay dos grandes estadios:

- 1) Principio de reserva de ley
- 2) Principio de proporcionalidad

La limitación siempre es la excepción y no la regla. Debe estar prevista legalmente y el Estado no puede destruir un Derecho o afectar su núcleo específico.

El carácter excepcional de las restricciones a la libertad frente al principio de inocencia imposibilita interpretar las normas que las autorizan más allá de lo que literalmente expresan, y siempre la interpretación debe ser restrictiva². Esto como derivación del principio *pro homine*.

¿Cuál es el fin que legitima la primera expresión del Poder Punitivo estatal frente a una posible comisión de un delito?

Asegurar la persona del sospechoso. Para ello existe la figura legal de la aprehensión. Se trata de una atribución fáctica que se reduce a la mera captura que será seguida de la presentación inmediata del aprehendido a la autoridad judicial que tenga la

² “En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, esta Corte ha señalado, al analizar el artículo 7º de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”, Corte.I.D.H., caso *Bulacio vs. Argentina*, del 19/9/2003.

facultad de impartir la orden de privación de libertad si correspondiere lo que la convierte en una medida de carácter fugaz.

¿Cuál o cuáles son los órganos representantes del Estado facultados para usar este Poder Punitivo en un primer estadio? El Código Procesal Penal de Tucumán otorga esta facultad al Juez, al Fiscal de Instrucción, a la Policía e incluso a cualquier particular si se trata de un flagrante delito.

¿Cuál es la sospecha requerida para legitimar un obrar que expresa este Poder Punitivo en un primer estadio? “Buenas razones”, “información objetiva” “fuente de calidad”. Cuando se trata de legitimar injerencias en la vida privada de personas que pueden abarcar desde demoras en la vía pública para requerir alguna identificación hasta privación de la libertad, se exige que quien realiza la injerencia fundamente su accionar en datos objetivos que permitan que un observador imparcial llegue a conclusiones similares. Estas exigencias se vuelven más rigurosas cuanto más intensa sea la injerencia: para privar de libertad a una persona, aunque sea una medida fugaz y mediata tendiente a ponerla a disposición de la autoridad competente se requiere que aquellas estén sospechadas de estar involucradas en actividades criminales.

El legislador penal, al momento de reglamentar el Art. 18 de la CN, estableció que la autoridad competente para llevar a cabo un arresto o una requisa es el juez, admitiéndose excepcionalmente que sean las fuerzas de seguridad quienes puedan detener a una persona, siempre y cuando se den las circunstancias expresamente detalladas como condición necesaria.

La CN garantiza a las personas, además del derecho a conducirse libres, un ámbito de reserva que se extiende a la intimidad, impidiendo y limitando para casos excepcionales cualquier tipo de intromisión en esta esfera.

En esta inteligencia, debe entenderse que las circunstancias que habilitan a las fuerzas de seguridad a efectuar una privación de la libertad o una requisa personal son excepcionales y la interpretación de las normas que rigen la cuestión debe ser de carácter restrictivo, con la finalidad de no violentar el principio de legalidad.

Por ende, el personal policial debe tener en su poder datos objetivos suficientes que permitan conjeturar razonablemente que el individuo a quien se pretende detener y requisar guarda en su persona o vehículo, alguno de los elementos que indica la norma, y que además la urgencia del caso imposibilita requerir al juez competente la orden judicial respectiva.

Se requiere pues, que existan “indicios vehementes”, “circunstancias debidamente fundadas” o “motivos suficientes para presumir”; y que, más allá de la excepcionalidad, el policía no se encuentra facultado para llevar a cabo detenciones irrazonables.

El personal policial debe dar cuenta objetivamente de cuáles son las circunstancias a partir de las cuales funda aquellos indicios vehementes. Vale decir, debe tratarse de causas comprobadas y no de meras conjeturas carentes de asidero objetivo. Ello así puesto que no debe exigirse menos a los funcionarios policiales que a los jueces, quienes para emitir la orden judicial de detención y requisa, deben fundar y dar motivo de lo resuelto. Por otra parte, es la única forma en que pueda controlarse la razonabilidad de la privación de la libertad, siendo ésta uno de los bienes fundamentales de la persona humana, amparado por nuestro plexo constitucional y el plexo supranacional del derecho internacional de los derechos humanos.

a) El marco normativo: Tratados Internacionales

Si bien nuestra Constitución Nacional establece un sistema de derechos y garantías en materia penal, cuya piedra angular es el Art. 18, la reforma de 1994 ha consolidado y ampliado el plexo de las garantías constitucionales en el proceso penal al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporados en el art. 75 inc. 22 de la CN, y establecer, además, la posibilidad de jerarquizar constitucionalmente a otros tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

La filosofía de tales tratados tiene, como común denominador, un marcado respeto por la dignidad de la persona humana, de la cual deriva un verdadero sistema de derechos y garantías que adquiere significativa relevancia en materia penal, al estar en juego la libertad personal del imputado.

Preliminarmente cabe mencionar que si bien los tratados sobre derechos humanos consagran la tutela de la libertad de la persona humana, también establecen la posibilidad de limitarla en determinadas oportunidades. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.2 dice que “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” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.1 dispone: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica dispone, en su art. 7, ap. 2, que "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".

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su art. 9, ap. 1, que "nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

No obstante, es menester recalcar que siempre que un individuo sea abordado por un funcionario policial, limitando su libertad de alejarse voluntariamente, aunque sea brevemente, dicho proceder estará sometido al escrutinio del art. 18 de la Constitución Nacional para determinar que la intrusión en la libertad responda a una causa razonable de interés de la sociedad y no a un acto arbitrario o irregular.

Esta garantía básica y de contenido general también es recogida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12 y, con idénticos términos, el art. 17, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Igual proscripción genérica formula la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación a la libertad ambulatoria, en su art. 7°, inc. 3°.

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado expresamente que ‘Para que una aprehensión policial sea acorde con los estándares internacionales de derechos humanos, las causales para privar de la libertad a una persona, mayor o menor de

edad, deben estar previamente establecidas por una ley en sentido formal, obviamente de conformidad con la Constitución Nacional. En segundo lugar, los procedimientos para llevarla a cabo deben estar objetivamente definidos en una ley. En tercer lugar, aun cuando la aprehensión policial se ajuste a lo señalado por la ley, no debe ser arbitraria, es decir, debe ser razonable, previsible y proporcional en el caso particular. Asimismo, debe asegurarse un respeto irrestricto de las garantías judiciales a toda persona privada de la libertad”³.

b) Jurisprudencia desarrollada en torno a la “sospecha razonable” en Tribunales Internacionales y en la CSJN

Terry Vs. Ohio- Stop and Frisk⁴

Un arresto sin orden judicial puede ser practicado siempre y cuando el oficial de policía tenga una “causa probable” para hacerlo.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos señaló que cuando un policía *"cree que un individuo al que investiga está armado y es peligroso para la seguridad física del funcionario o de un tercero que se encuentran cerca de aquél, parecería claramente irrazonable negarle el poder de tomar medidas necesarias para determinar si la persona está llevando armas"*, y que también lo sería que el policía demorara *"... el procedimiento hasta el momento en que la situación evoluciona a un punto donde hay causa probable para ahí arrestarlo"*. Sostuvo que para tales situaciones excepcionales era suficiente *con que el policía tuviera una "sospecha razonable"*.

Ahora bien, para cumplir con los estándares, la policía que hace una detención “stop” debe ser testigo de una conducta inusual que despierte sospechas que pueden justificarse de acuerdo con hechos específicos. Para justificar una búsqueda “Frisk”, el oficial debe tener razones para creer que la persona en cuestión está armada y es peligrosa.

Vemos entonces que la sospecha razonable es un estándar más bajo si se compara con la causa probable, ya que puede establecerse con información que es diferente

³ Eduardo M. JAUCHEN, Op. Cit., p. 261, con cita de la sentencia de la Corte I.D.H. en el caso *Bulacio vs. Argentina*.

⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, 392 US 1, 1968.

en cantidad, en contenido y aún menos fiable que la exigida para establecer una “causa probable”. Empero, es más que una mera sospecha o conjetura de que la persona puede estar involucrada en un delito. Puede ser descripta como una fuerte sospecha.

Así también, se elaboró la denominada "exigencia de especificidad de la información": para justificar la injerencia sobre el particular, el oficial de policía debe poder puntualizar los hechos específicos que autoricen la intromisión.

La Corte señaló: *"para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada, o a su "corazonada", sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos y a la luz de su experiencia". Si ello no ocurre, resulta aplicable la regla de exclusión, en tanto no puede ser introducida prueba obtenida por medio de una requisita y búsqueda que no fue razonablemente relatada en relación con la justificación de su iniciación"*

En línea con el tópico propuesto, se presentará a continuación un breve muestreo de lo que ha sido la evolución de la doctrina de la Corte de la Nación en materia de detención y requisas, a partir del precedente “Daray”, no solamente por tratarse de un caso en el que se adoptó una férrea defensa de la garantía en juego, sino porque es uno de los fallos que se utiliza en forma reiterada cuando debe decidirse la constitucionalidad o no de la detención o requisita. Luego se reseñarán los fallos posteriores en los que la Corte debió resolver la validez o la nulidad de una detención o una requisita, las distintas posturas tomadas en situaciones similares y las sucesivas interpretaciones de la Corte en lo que respecta a la legitimidad de la detención.

Las fuentes utilizadas en los diferentes fallos, al fundar uno u otro criterio muestran que, en general, para sostener una firme defensa de la garantía contra arrestos ilegítimos o arbitrarios, se toma como eje central el artículo 18 de la Constitución Nacional, mientras que se tiende a citar nutrida jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de América, cada vez que se intenta una interpretación menos apegada a la defensa de la garantía.

Al tratar esta cuestión, se sigue la interpretación dada por LEONARDO PITLEVNIK, en su obra denominada *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*⁵).

1) “Daray” CSJN, 22/12/94⁶: Este precedente marcó un paso importante en el resguardo de la garantía contra la detención arbitraria.

En el fallo 317 del ‘85, sobre el acusado Carlos Angel Daray, la Corte tuvo que analizar las circunstancias de detención de un hombre al que la policía le había pedido la documentación de su auto para controlar el vehículo. Daray entregó la cédula de identificación del automotor y a pesar de ello fue detenido y llevado a una comisaría “para una mayor verificación de la documentación”, donde espontáneamente relató la comisión de hechos ilícitos por parte de sus hijos y posteriormente se le inició una causa por irregularidades en la propiedad del automóvil.

En este caso la mayoría de los miembros del Tribunal Cintero, constituida por los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O´Connor y por Ricardo Levenne declaró la ilegitimidad de una detención llevada adelante so pretexto de realizar una “mayor verificación de la documentación del vehículo”. Se afirmó el requisito de legalidad de toda detención y, en caso de que se alegue una vía independiente, su efectiva existencia, que no puede ser suplida por la mera conjetura de su posible acaecimiento.

La resolución no recurre a jurisprudencia extranjera o internacional, sino que se basa en el estricto análisis de la aplicación del artículo 18 de la C.N. y de las leyes procesales que regulan la restricción de la libertad de las personas.

2) “Fernández Prieto”, CSJN, 12/11/98⁷: En este caso la detención de Carlos Fernández Prieto y la posterior requisa de su auto fueron motivadas por una “actitud sospechosa”.

⁵ Leonardo PITLEVNIK, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ed. Hammurabi, Bs As, 2010, p. 53/78.

⁶ CSJN, *Daray Carlos A.*, 22/12/1994 D 380 XXIII, Fallos: 317:1985.

⁷ CSJN, *Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737*, causa n° 10.099. F. 140. XXXIII, 12/11/1998. Fallos: 321:2947.

Los jueces fijaron posición en una causa por el delito de tenencia y tráfico de estupefacientes en la que fue condenado Carlos Alberto Fernández Prieto a cinco años de prisión y una multa de tres mil pesos. El 26 de mayo de 1992, cerca de las 19, cuando policías de la División Sustracción de Automotores de Mar del Plata recorrían la zona de Punta Mogotes, dicen haber observado un Renault 12 en el que iban tres personas “en actitud sospechosa”. Por ese motivo los obligaron a parar y luego a bajar del auto. Enseguida, sin mediar orden judicial, como indicaba la ley que era necesario proceder hasta esta resolución, los policías requisaron el vehículo. En la búsqueda encontraron seis “ladrillos” de marihuana, la forma en que tradicionalmente se empaqueta la hierba para su posterior fraccionamiento y comercialización, además de un arma y proyectiles.

La Corte por mayoría (votos de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez) consideró que los policías actuaron correctamente al detener a los tres hombres, porque existían “razones de urgencia”. En la sentencia se sostiene que, a pesar de no disponer de una orden de detención, no debían “demorar el procedimiento hasta no recibir una orden judicial de detención” porque tratándose de un móvil, si los policías esperaban la orden de un juez “se hubiera favorecido tanto la desaparición del bien como los efectos que se hallaban en su interior y la posible fuga de sus ocupantes”. Se afirmó que el caso se diferenciaba de “Daray”, pues en dicho antecedente se imputaba la ilegitimidad de una detención que tenía como finalidad realizar una mayor verificación de la documentación del vehículo, mientras que en la presente lo que se sostiene es la nulidad de la requisa de un automóvil, de la cual derivó la detención de sus ocupantes.

Como puede apreciarse, la mayoría dijo que no rechazaba el criterio sentado en Daray, sino que afirmó que se hallaba ante un caso de naturaleza distinta. Aquí, a diferencia de la fuente constitucional y legal que servía de base al precedente mencionado, se recurrió a nutrida jurisprudencia norteamericana, al concepto de causa probable, enmarcado en la tesis surgida del precedente “Terry v. Ohio” de 1968, la sospecha razonable, la incidencia de razones urgentes, de procedimientos realizados en lugares públicos, la circunstancia de que se realicen respecto de vehículos, la mayor o menor expectativa de privacidad y la necesidad de evaluar en cada caso la totalidad de sus circunstancias.

3) **“Flores Núñez” CSJN, 22/12/98⁸**: En este precedente, se siguió la misma línea que el voto mayoritario anterior sólo que aquí la causa llegó a la Corte por recurso fiscal. La sentencia impugnada había invalidado la actuación policial que había llevado al secuestro y detención de la imputada por la ley de drogas.

La mayoría, integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez descalificó la lectura que los jueces de la instancia habían realizado al rechazar los motivos aducidos por los policías intervinientes que llevaron a cabo la requisa, basados en el nerviosismo de la imputada quien al momento del procedimiento fue hallada a la 1:00 de la madrugada sentada en la escalera de un hotel del cual no era pasajera.

La minoría formada por los jueces Fayt, Belusscio, Petracchi y Bossert desestimó el recurso.

4) **“Tumbeiro” CSJN, 3/10/02⁹**: La mayoría (formada por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez) votó en concordancia con los dos pronunciamientos anteriores (Fernández Prieto y Flores Nuñez) e hizo lugar al recurso fiscal, pues entendió que era legítimo el accionar de la policía, que había definido la actitud sospechosa del imputado sobre la base de su nerviosismo. Además, se trataba de una persona que por su vestimenta y comportamiento no era de la zona y porque dijo que buscaba material electrónico en un área de villas de emergencia. Con cita del art. 18 de la C.N., normas procesales y de la ley 23.950, los jueces volvieron a mencionar el caso “Terry v. Ohio” y utilizaron los conceptos de causa probable, sospecha razonable, situaciones de urgencia y totalidad de las circunstancias del caso.

5) **“Monzón” CSJN, 12/12/02¹⁰**: Al igual que en los tres casos anteriores los jueces que conformaron la mayoría (Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez) hicieron una lectura poco estricta de los supuestos que habilitan a una interceptación policial y requisa. Validaron la identificación y requisa realizadas sobre la base de que un

⁸CSJN, *Flores Núñez, María Aurelia s/ art. 5 - inc. c - ley 23.737 - causa n° 1036*. F 274 XXXIII, 22/12/1998, Fallos: 321:3663.

⁹CSJN, *Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario*. T. 135. XXXV, 03/10/2002, Fallos: 325:2485.

¹⁰CSJN, *Monzón, Rubén Manuel s/ recurso de casación*. M. 420. XXXV, 12/12/2002, Fallos: 325:3322.

individuo actuaba con cierto nerviosismo frente a la entrada del estacionamiento Ferrocarril Mitre.

Para los magistrados votantes se trató de un supuesto de urgencia en el marco de una actuación prudente y razonable dentro de las funciones propias del personal policial, citaron “Terry v. Ohio” y el estándar de causa probable.

6) “**Szmiłowsky**”, CSJN 6/02/03¹¹: El caso también llegó a la Corte por recurso fiscal y continuó con la línea interpretativa de los fallos anteriores. La mayoría (integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez). también entendió que era válida la requisita realizada si el motivo que llevó a la actuación policial fue la percepción del nerviosismo del imputado a quien se había encontrado en un lugar cercano a las vías del tren en horas de la noche. Señalaron los jueces que el imputado mostró una conducta muy nerviosa ante la sola presencia policial, lo que despertó la razonable sospecha del funcionario policial actuante y que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de efectos vinculados a la tenencia de estupefacientes.

Utilizaron la misma jurisprudencia norteamericana a la que se había recurrido en los precedentes ya mencionados.

7) “**Waltta**”, CSJN 21/09/04¹²: La mayoría (formada por los Dres. Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni y Highton de Nolasco) desestimó la queja presentada por la Fiscalía. Consideró inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que rechazó el recurso de casación deducido contra la decisión que declaró la nulidad del acta de procedimiento policial y de todo lo obrado en su consecuencia. El Ministerio Público pretendía que se validara una requisita llevada adelante por policías que al llegar a una esquina observaron la presencia de varias personas sentadas en el umbral de una vivienda “amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa”. Ese solo motivo había llevado a identificarlos y requisarlos. La mayoría consideró que la pretensión del Ministerio Público no constituye cuestión federal suficiente que legitime la intervención de ese

¹¹ CSJN, *Szmiłowsky, Tomás Alejandro s/ causa n° 4606/00*, S. 304. XXXVII, 06/02/2003, Fallos: 326:41.

¹²CSJN, *Waltta, César Luis s/ causa n° 3300*, W. 29. XXXVII, 21/09/2004, Fallos: 327:3829.

Tribunal, y por lo tanto, interpretando a contrario sensu su determinación, validó la declaración de nulidad del acta procedimiento policial y sus consecuencias.

8) “Peralta Cano” (CSJN, 3/5/07)¹³: La mayoría formada por los Dres. Petracchi, Maqueda, Highton y Lorenzetti, adhirió al Dictamen del Procurador. Si bien la Corte parece apartarse de la tendencia fijada en los antecedentes citados a partir de “Fernández Prieto”, “Peralta Cano” es doblemente pobre como *leading case*. Primero, porque no se anima a echar por tierra los antecedentes referidos. Segundo, porque las razones explicitadas por el Tribunal en su adhesión al procurador son poco claras en cuanto a por qué invalida lo actuado.

El procurador y la Corte se esmeraron en distinguir a ese caso de “Fernández Prieto”, “Flores Núñez” y “Tumbeiro”, de manera que, en lugar de separarse de aquellos precedentes, afirmaron su vigencia y pretendieron demostrar que este era un caso diferente y que, por ende, admitía otra decisión.

Para el procurador y la Corte, a diferencia de lo que ocurría en “Fernández Prieto”, en “Peralta Cano” no se dio ninguno de los supuestos de causa probable y sospecha razonable o razones urgentes. La Corte afirmó nuevamente el principio de legalidad en materia de arrebatos refiriendo que “el art. 18 de la C.N. al establecer que la orden de arresto debe provenir de autoridad competente presupone una norma previa que establezca en qué casos y bajo qué condiciones procede una privación de libertad”.

9) “Ciraolo” CSJN, 20/10/09¹⁴: El procurador general de la Nación, en su dictamen, afirmó que la policía podrá restringir la libertad de los ciudadanos, cuando no ejecute órdenes judiciales ni se den supuestos de flagrancia, sólo si concurren circunstancias razonables, objetivas y debidamente fundadas o indicios vehementes de que alguien cometió un delito.

Considera que, a diferencia de lo ocurrido en “Fernández Prieto”, “Flores Núñez”, “Tumbeiro”, etc, el procedimiento fue dirigido de manera directa, expresa y personal contra el imputado, sin saberse muy bien por qué.

¹³ CSJN, *Peralta Cano Mauricio Esteban S/Inf. Ley 23737 -Causa N° 50176*, P. 1666. XLI, RHE 03/05/2007.

¹⁴CSJN, *Ciraolo Jorge Ramón Daniel S/Estafa en Forma Reiterada Encubrimiento y Hurto -Causa N° 7137-*, C. 224. XLIII, RHE 20/10/2009, Fallos: 332:2397.

La Mayoría (conformada por los Dres. Fayt, Highton, Petracchi y Argibay) rechazó el recurso extraordinario por considerar que éste no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma. Sin embargo resulta interesante en este fallo, entrar al análisis del voto en disidencia, toda vez que procede a un análisis fáctico y normativo de los motivos previos que habilitan la detención sin orden judicial.

En primer término indican que el Código Procesal Penal de la Nación, como norma reglamentaria del art. 18 de la C.N., establece que la autoridad competente para llevar a cabo un arresto o requisa es el juez, sin perjuicio de que admite excepcionalmente delegar esa facultad en la autoridad de prevención.

Sostienen que el legislador, prescribió la existencia previa de determinadas circunstancias que generen un grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisa corporal, tales como “indicios vehementes”, “circunstancias debidamente fundadas” o “motivos para presumir”. Refieren que una vez que el agente de prevención se encuentra ante alguna de estas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuales son las conductas y actos (en especial actitudes del imputado) que generaron sus sospechas. Si la autoridad para llevar a cabo la requisa o la detención, conforme a la ley es el juez y sólo en casos excepcionales y de urgencia las normas permiten delegarlo en la policía, la única forma de que luego el juez pueda supervisar la legitimidad de la actuación policial, es que estos funcionarios funden circunstanciadamente las razones del procedimiento.

c) Medidas de Coerción en la legislación procesal de Tucumán

La coerción material (o penal) refiere a la sanción punitiva que se prevé en abstracto en la ley penal de fondo con fines de prevención general en tanto representa la potencial amenaza de castigo a quienes infrinjan las normas, y de prevención especial en tanto configura la efectiva aplicación de la pena a quien ha sido declarado culpable de un delito procurando evitar que cometa uno nuevo. La coerción procesal, en cambio, dirige sus fines exclusivamente al terreno del proceso. En su ámbito se encuentra la coerción personal

que es aquella categoría de medidas que restringen la libertad física o de locomoción de las personas con el propósito de asegurar los fines del proceso penal¹⁵.

La Provincia de Tucumán, en su artículo 33, establece que “Nadie puede ser constituido en prisión sin que preceda al menos alguna indagación sumaria, que produzca semiplena prueba o indicios vehementes de un delito, ni podrá ser detenido sin que preceda orden escrita de juez, salvo el caso de in fraganti en que todo delincuente puede ser arrestado por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia del juez”. Esta normativa, juntamente con las prescripciones de los artículos 34 y 35¹⁶ de la carta magna provincial, sirven de base a las disposiciones del Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán (en adelante CPP o CPPT indistintamente) sobre los procedimientos legítimos para llevar adelante la detención –entendida en sentido amplio– de una persona. En este orden de cosas, es taxativa la manda constitucional en cuanto a que la detención solo puede ser ordenada por auto fundado del juez cuando existan elementos o indicios que hagan presumir que el agente cometió un acto ilícito.

La protección de la libertad individual frente a los actos arbitrarios de la autoridad pública se presenta entonces como el eje sobre el que se estructuran las normas procedimentales sobre restricción de la libertad de las personas, es decir, frente a aquellos actos carentes de fundamento legal. Dimana así la exigencia de que toda medida relativa a la detención del sospechoso demanda la expresa autorización u orden de juez, o el aviso inmediato por parte de los agentes policiales, incluso de los particulares. Aquella exigencia de orden escrita cede –se excepciona– en los casos de flagrante delito, como se verá más adelante, o cuando por razones de urgencia el juez deba transmitir la orden por los medios electrónicos que se establezcan.

Se ha sostenido que los requisitos de procedencia de la restricción de la libertad podrían circunscribirse a la legalidad, la judicialidad, la motivación y la proporcionalidad.¹⁷

¹⁵ Eduardo M. JAUCHEN, Op. Cit., ps. 272/273.

¹⁶ Constitución de la Provincia de Tucumán, Art. 34: “Ningún arresto podrá prolongarse más de veinticuatro horas sin dar aviso al juez competente, poniendo al reo a su disposición con los antecedentes del hecho que motive el arresto; desde entonces tampoco podrá el reo permanecer más de tres días incomunicado”. Art. 35: “Toda persona que sufiere una prisión arbitraria, podrá concurrir, por sí o por medio de otras personas ante cualquier juez, para que, haciéndolo comparecer a su presencia, se informe del modo en que ha sido preso, y resultando no haberse llenado los requisitos constitucionales y legales, lo mande poner inmediatamente en libertad”.

¹⁷ Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán, Comentado, Anotado y Concordado*, Bibliotex, 2016, T. II, p. 536.

Sobre la base explicitada, se puede ingresar a la referencia específica de las normas del digesto procesal provincial en lo relativo a la restricción de la libertad y, específicamente, lo relacionado con la privación de ese derecho sin orden escrita y su fundamentación.

Conforme quedara ya expresado la regla es la libertad, y la excepción su restricción. Esto es receptado por el Código ritual en cuanto en su art. 271 establece que *“Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso”*. Señala luego las medidas que pueden adoptarse para asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación.

La coerción representa “el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades de que gozan las personas de un orden jurídico con el objeto de alcanzar un fin determinado.”¹⁸

La regla de la libertad personal ambulatoria (art. 14 CN) se yergue como límite al ‘ius puniendi’ que no podrá ser ejercido sobre los habitantes de la Nación si no ha mediado proceso previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso. La restricción de aquella libertad solo resulta procedente para afianzar la justicia, de manera excepcional, como medida asegurativa de los fines del proceso ante la posibilidad cierta de que el imputado se fugue o trate de entorpecer la investigación, pero nunca como adelanto de pena o sustitutivo de la sanción punitiva. Como se expresó, ello encuentra fundamento en el principio de inocencia reconocido por el art. 18 CN, del que surge el principio general de que todo tipo de coerción procesal respecto de la persona del imputado debe priorizar la permanencia en libertad de este último mientras dure el proceso penal. En el mismo precepto constitucional se prevé la posibilidad cautelar de disponer el encierro de aquella persona, no obstante la presunción de inocencia, cuando expresa que nadie puede ser detenido “sin orden escrita de autoridad competente”, con lo cual queda admitida la posibilidad de restringir la libertad de la persona.

Viene al caso señalar que la Constitución Nacional, la Constitución provincial y el Código Procesal Penal contienen un abanico de normas reguladoras de la coerción

¹⁸ Julio B.J. MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, citado en Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, Op. Cit., p. 539.

personal del sospechoso en la comisión de un delito. La primera en los arts. 14 y 18, la segunda en los arts. 31 a 33 y el digesto ritual en el art. 271 mencionado y en el art. 272 que, especialmente, establece la regla general. El valor ‘libertad’ queda consagrado entonces negativamente al mencionarse los casos en que una persona puede ser privada de su libertad y de las condiciones indispensables para ello.

Las principales características de las medidas de coerción personal son las siguientes: 1) son cautelares, porque no tienen un fin en sí mismas, sino que tienden a evitar los peligros que pueden obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley penal; 2) su legitimidad deviene de su estricta necesidad; 3) su aplicación se condiciona a la existencia de pruebas de culpabilidad; 4) son provisorias y 5) deben interpretarse restrictivamente.¹⁹

Como se anticipó, el supuesto de restricción de la libertad se encuentra expresamente contemplado en el art. 272 CPPT, que prevé: *“La restricción de la libertad solo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley y por un período de tiempo preciso y determinado. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el juez examine su situación al amparo de esta regla, aun en los casos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 284. Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados”*.

Las medidas de coerción son absolutamente excepcionales y provisorias, de lo que se infiere su aplicación como un último recurso, con lo que queda satisfecho el principio mínimo del sacrificio de la libertad personal (principio de mínima intervención), toda vez que el Derecho Penal es la ‘última ratio’ del ordenamiento jurídico. Así, las medidas de coerción constituyen la última herramienta de política criminal a adoptar, no obstante que posean rango constitucional (art. 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el “principio de excepcionalidad de la coerción personal” y los parámetros de su procedencia). Dichas medidas deben ser necesarias y nunca más gravosas que lo que se pretende asegurar.²⁰ En efecto, toda medida de coerción, limitativa

¹⁹ José HUICI ESTREBOU – Ana L. CASTILLO DE AYUSA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán. Ley 6203 Comentada, anotada y concordada*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 269.

²⁰ Jorge VÁZQUEZ ROSSI, *Curso de Derecho Procesal*, citado en Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, *Op. Cit.*, p. 554.

de la libertad personal, está alcanza por el principio pro homine. Ello así, si el sistema procesal penal aplicable en nuestra provincia establece el principio de libertad durante el proceso (art. 271 CPP) y por lo tanto la libertad personal solo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (art. 272 CPP), se receptan los principios instituidos por los artículos 14, 18 y 75 inciso 22 CN, 7 y 8 CADH, 9 y 14 PIDCyP.

Ahora bien, bajo el título “Medidas de Coerción”, el CPP en su Capítulo II, Título VII refiere a aquellas medidas restrictivas en particular. Se dijo ya que toda medida de coerción penal debe ser analizada y dispuesta de manera restrictiva, en orden a lo dispuesto por el art. 18 CN que consagra el principio de inocencia, el que solo cede ante una sentencia condenatoria firme. Para ello deberán el fiscal, y fundamentalmente el juez observar si puede frustrarse o entorpecerse la investigación por parte del sospechoso si se mantiene en libertad, o que el sospechoso pretenda sustraerse a la potestad jurisdiccional. La exigencia de interpretación restrictiva que debe regir en la materia, conlleva la implicancia lógica de que el juzgador tiene vedado incurrir en toda indebida extensión de lo ordenado en las normas procesales sobre coerciones al imputado o sobre limitaciones a su derecho de defensa. La libertad personal solo puede ser restringida en el marco legal procesal, dentro de los límites indispensables para descubrir la verdad y lograr la aplicación de la ley penal. La privación de la libertad personal, como medida cautelar que es, solo puede ser ordenada ante la más estricta necesidad.

El art. 275 CPP prescribe: *“Detención. Cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, se ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurran las hipótesis previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 284. La detención será requerida fundadamente por el fiscal y resuelta por el juez dentro del plazo de seis (6) horas de recibido el requerimiento. El fiscal de Instrucción, en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas, resolverá sobre la petición de detención formulada por la Policía. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuya. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después”*.

La detención, junto a la prohibición de alejamiento, el arresto, la citación y la prisión preventiva, se presenta como una forma de privación legítima de la libertad, y tienen como fin la comparecencia del imputado ante el proceso, y asegurar que no entorpezca la investigación ni quiera eludir la acción de la justicia²¹. A la luz de lo normado por nuestra CN en su art. 18 sobre que “...nadie puede ser arrestado sin orden escrita emanada de autoridad competente...”, se requiere inexorablemente que dicha privación de la libertad, sea expedida por el juez de instrucción mediante un decreto fundado y a solicitud del fiscal a cargo de la investigación penal preparatoria, quien también deberá fundamentar su petición.

De acuerdo a la letra de la norma, la detención procede cuando exista “motivo bastante” para sospechar que la persona ha participado de la comisión de un hecho delictivo y concurren las hipótesis previstas en los incisos 1 y 2 del art. 284, es decir, la presunción de peligrosidad procesal derivada de la gravedad de la amenaza penal por el delito que se imputa y la situación de peligrosidad procesal comprobada por la concurrencia de determinados extremos indicados por dicha preceptiva. Ante la ausencia de esos presupuestos, la detención debería ceder a favor de la libertad del imputado. En la causa deben encontrarse acreditados los elementos que permitan de manera objetiva considerar que la persona contra la cual se ejerce la medida de coerción, es sospechosa de haber cometido un ilícito. No basta con que se afirme la comisión de un hecho típico. Se requieren bastantes motivos para sospechar que a) el hecho existió y el imputado ha participado en el mismo, y b) que esa participación es punible. La orden es el mandato de detención que el juez dirige a quien ejecutará su decisión. Autoridades ejecutoras son, normalmente, los funcionarios policiales, como auxiliares de la justicia y por encontrarse autorizados para hacer uso de la fuerza pública²².

En línea con lo que se viene exponiendo, el art. 277 CPP hace expresa referencia a lo que se denomina arresto, al disponer que *“Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan intervenido varias personas no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni*

²¹ Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, Op. Cit., p. 567.

²² José HUICI ESTREBOU – Ana L. CASTILLO DE AYUSA, Op. Cit., p. 272/273.

se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aun ordenar el arresto si fuese necesario. Ambas medidas no deben prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza, y en ningún caso durarán más de veinticuatro (24) horas. Vencido este plazo, podrá ordenarse, si fuese el caso, la detención del presunto culpable”.

Siguiendo a D'albora, puede definirse como “una fugaz medida cautelar de carácter personal, que puede limitarse a la mera inmovilización y aislamiento del sujeto pasivo, caracterizada por recaer indistintamente sobre sospechosos u órganos de prueba”²³. El arresto encuentra su fundamento, en cuanto a los sospechosos del evento, en la necesidad de garantizar una correcta y eficaz investigación penal, que en su oportunidad deberá ser ponderada y revisada por el juez de instrucción.

El arresto es entendido como la brevísima privación de la libertad sufrida por una o simultáneamente varias personas, ante la posibilidad de participación, percepción de un delito o para adquirir elementos probatorios, a cuyo fin se retiene a los afectados en el lugar²⁴. Cuando la orden impartida no es acatada o se teme que así ocurra con peligro para la investigación, procede el arresto, razón por la cual la norma expresa ‘y aun ordenar el arresto si fuere necesario’. Por ello se puede aseverar que es subsidiario porque presupone una medida previa de mera restricción que no es o no podría ser acatada. Surge así que previamente, debe impartirse la orden de no alejarse del lugar ni comunicarse con los presentes. Este arresto, que procede en los primeros momentos de la investigación, se denomina ‘colectivo’ y requiere ser necesario para su aplicación, debiendo ejecutarse de modo que perjudique lo menos posible a los afectados, ya que no se dirige contra un imputado ya identificado, sino para determinar quiénes pueden ser tales y quiénes testigos. Se presenta como una ‘medida asegurativa’ restrictiva de la libertad, en orden a evitar el alejamiento del lugar de comisión del hecho ilícito de las personas, ya que en un primer momento no se puede determinar con cierto grado de probabilidad el carácter de éstos (entiéndase: autor, sospechoso, testigo, curiosos, intruso, entrometido, etc.) para con el hecho que será motivo de investigación penal. Si resultara insuficiente, la orden del Fiscal

²³ Francisco D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, citado en Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, Op. Cit., p. 579.

²⁴ Jorge CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, citado en José HUICI ESTREBOU – Ana L. CASTILLO DE AYUSA, Op. Cit., p. 439.

de Instrucción en los primeros momentos cuando disponga la prohibición de alejamiento y en su caso la prohibición de comunicación, podrá ordenar el arresto de las personas²⁵.

Es importante poner de resalto que nadie podrá ser privado de su libertad sin que exista flagrancia o algún indicio de que sea responsable de un hecho presuntamente ilícito, por lo que disponer el arresto es una medida de coerción personal que debe ser analizada y dispuesta de manera restrictiva y como última ratio. “El arresto tiene la particularidad de su procedencia cuando en el primer momento del hecho no pueda determinarse con seguridad quien o quienes fueron sus autores, pero debe quedar en claro que esta medida coercitiva debe efectuarse solamente contra aquellas personas que tuvieron –de algún modo– efectiva participación en el hecho, sin que por ello resulten ser sus autores materiales”²⁶

El arresto se convertirá en detención si se ha podido discernir el motivo de la presencia en el lugar del hecho ilícito y su relación al mismo como posibles autores en sus distintas participaciones, o bien podrá cesar tal medida ante la determinación de la ajenidad con el hecho.

Análisis en particular de supuestos de privación de libertad sin orden previa.

Guarda estrecha relación con la medida antes citada, la aprehensión en flagrancia prevista en el art. 278 CPP en los siguientes términos: *“Los oficiales y auxiliares de la Policía tendrán el deber de aprehender a quien sea sorprendido ‘in fraganti’ en la comisión de un delito de acción pública que merezca pena privativa de la libertad. Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar, y si éste no presentase la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad”*.

La aprehensión se puede definir como el acto primo de ejercicio de la fuerza pública mediante el cual los funcionarios que ejercen la persecución penal, generalmente la policía, o una persona cualquiera proceden a privar de la libertad a una persona bajo la imputación de un hecho punible, tentado o consumado en flagrante, amenazado con pena

²⁵ Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, Op. Cit., p. 578.

²⁶ Alberto David GRANARA, *Derecho Procesal Penal*, Nova Tesis, Santa Fe, 2000, p. 503.

privativa de libertad, para ponerla inmediatamente a disposición del juez competente, conjuntamente con los elementos de prueba recogidos en ese momento, con la finalidad que ese juez decida la situación futura del imputado²⁷.

Explica Granara que la aprehensión es en principio resorte de la autoridad policial sobre quien pesa el deber de tomar en esa calidad a la persona que sea sorprendida “in fraganti” en la comisión de un delito de acción pública que merezca pena privativa de libertad, pudiendo también ser dispuesta por el órgano judicial o jurisdiccional competente²⁸.

La aprehensión en flagrancia no se opone al precepto constitucional del art. 18 que prevé el recaudo de orden escrita de autoridad competente para la detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito. Contrariamente, se erige como excepción, en la que los funcionarios policiales pueden privar de la libertad a una persona sin contar con la aludida orden, en aquellos casos que impliquen tentativa o la comisión de delitos con pena privativa de la libertad, pero no así los actos preparatorios no punibles. Se trata de un deber legal que detentan los funcionarios de aprehender a toda persona que sea sorprendida in fraganti, en la comisión de un delito perseguible por acción pública, e inmediatamente poner en conocimiento del Fiscal en turno tal aprehensión²⁹. “En todos estos casos de aprehensión la policía no necesita orden escrita de autoridad competente, lo cual es correcto porque no se trata de la detención formal dispuesta por el funcionario con jurisdicción para ello (el Juez), sino de una situación privativa de libertad que tiende a cumplir necesidades propias de la investigación preliminar y cuyo objetivo primordial es hacer comparecer al aprehendido ante la Justicia inmediatamente después de haberse tomado tal medida”³⁰

Dada la naturaleza de sus funciones, los oficiales y agentes de policía son los que tienen frecuente ocasión de sorprender en flagrancia a quien comete delito. Deriva de ello el otorgamiento de la potestad de detención aun sin orden judicial. Si bien se ha discutido la constitucionalidad de la detención sin orden escrita de autoridad competente (art. 18 CN) se llegó a la interpretación de que si la Constitución admite el arresto del legislador sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen (art. 69 CN) con mayor

²⁷ Julio B.J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Ad. Hoc., T. III, p. 402.

²⁸ Alberto David GRANARA, Op. Cit., p. 505.

²⁹ Gustavo ROMAGNOLI – Alberto PRAVIA, Op. Cit., p. 580/581.

³⁰ Alberto David GRANARA, Op. Cit., p. 506.

razón es válida esta forma de privación de la libertad para el resto de los ciudadanos. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 31 de la Constitución provincial admite la detención sin orden judicial en el caso de flagrancia, con lo que queda zanjada la cuestión. Se busca impedir que los delitos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, pero también se persigue el aseguramiento de la persona del sospechoso y las pruebas del hecho en los primeros momentos de la investigación, siempre que la espera de la orden judicial respectiva signifique comprometer los fines del proceso.

La flagrancia se define en el art. 279 CPP que establece que *“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 de un delito”*.

La figura en examen se verifica en el momento mismo de la comisión de un hecho ilícito; sin embargo, podemos encontrar su diversificación en cuanto a sus acepciones. Flagrancia es entender “que se está ejecutando en ese momento” o “es la prueba más directa del delito”³¹, sometido el supuesto a la valoración instantánea de quien practica la aprehensión. De allí que su procedencia se limita objetivamente a los casos mencionados previstos por la ley.

El C.P.P.T. y la ley orgánica de la policía, establecen los casos en los que la Fuerza de Seguridad puede arrestar a un individuo sin contar con orden de autoridad competente. Puede clasificarse en dos tipos: casos de flagrancia y casos de urgencia.

Casos de flagrancia: se verifica cuando se sorprende a alguien cometiendo un delito, esto es realizando el tipo penal. Debe tenerse en cuenta el iter- criminis (todos los momentos desde el cual se exterioriza la ejecución o tentativa) y el momento inmediato posterior a éste, cuando el individuo es sorprendido con elementos que hagan suponer que ha cometido un delito. Los supuestos están regulados por los arts. 278, 279 del C.P.P.T. que ya fueron analizados. Corresponde hacer algunas precisiones para establecer los alcances de la flagrancia presunta y la cuasi flagrancia. En ese sentido, Gomez Urso sostiene que en la cuasi flagrancia la interferencia del personal policial o de los particulares no se da

³¹ José I. CAFFERATA NORES, *Medidas de coerción en el proceso penal*, citado en José HUICI ESTREBOU – Ana L. CASTILLO DE AYUSA, Op. Cit., p. 441.

sorprendiendo al sujeto activo en el momento de ejecución ni inmediatamente después, sino que se produce un paréntesis, una efímera brecha de tiempo y espacio que, brevemente lo desconecta del hecho y lo ubica ya perseguido por la autoridad, la víctima o terceros. La situación de flagrancia se configura porque se presume que tal seguimiento deriva y aparece como parte constitutiva de una secuencia precedida por el hecho delictivo del cual el perseguido resulta autor o partícipe. Dicha inferencia resulta razonable y permite actuar en consecuencia, porque quien se vislumbra como responsable se está fugando, lo que debe impedirse, y podría llevar consigo o presentar vestigios, rastros o evidencia de interés probatorio. El hecho puede permanecer tanto en la etapa de la tentativa como alcanzar la consumación...”³²

La flagrancia presunta o ficta, en cambio, se presenta cuando alguien presenta signos, rastros o vestigios que permita inferir que acaba de cometer un delito. Aquí (flagrancia presunta) también se produce un paréntesis temporal y espacial entre el hecho y la detención. La cuasi- flagrancia y la flagrancia presunta pueden ser coincidentes y no se excluyen. También puede abarcar el hecho tentado como el consumado.³³

Casos de urgencia son aquellos supuestos que sin tratarse de flagrancia, la intervención policial se inicia por una sospecha razonable y su procedencia se justifica principalmente para evitar que se cometa un delito, para evitar entorpecimiento de la investigación o interceptar una fuga. Este supuesto está regulado por el art. 280 del C.P.P.T.

Allí se regulan taxativamente tres situaciones excepcionales en las que se habilita a la policía (deberán) a aprehender a un sujeto aunque no haya orden judicial y aunque no se configure el supuesto de flagrancia cuyo alcance fue fijado al analizar los art. 278 y 279 del C.P.P.T. Las primeras dos situaciones son: “*el que intente un delito, en el momento de disponerse a cometerlo, y al que se fugue estando legalmente preso*”. Como ya lo dijimos anteriormente, la primera hipótesis se trata de un acto de prevención delictiva, propio de la policía de seguridad, distinto al caso de flagrancia pues ésta se constituye cuando el autor de un ilícito es sorprendido “en el momento de cometerse el ilícito o

³² Juan Facundo GÓMEZ URSO, *El ABC de la Instrucción Penal IB La Detención sin orden Judicial*, Hammurabi, Anexo Jurisprudencial, p. 77

³³ Ibid.

inmediatamente después”, en cambio el supuesto aquí analizado el arresto se produce “en el momento de disponerse a cometerlo” es decir que la policía interviene antes de que se inicie el íter criminis; este artículo amplía el concepto de flagrancia para un momento anterior al ilícito en sí mismo y habilita a la policía a actuar frente a actos preparatorios y exteriorizaciones que, sin constituir el comienzo de ejecución del delito, reflejen fehacientemente la disposición a cometerlo. La intervención policial tendrá por fin evitar el ilícito, y deberá poner en inmediato conocimiento a la autoridad judicial competente. El agente deberá justificar fundadamente aquellas exteriorizaciones que a su juicio reflejaron la intención delictiva con expresa mención de las circunstancias concretas que motivaron su decisión. Esta exigencia mayor responde a la excepcionalidad de la medida.

En el segundo supuesto, la excepción es aparente ya que prevé la fuga de un individuo que se encuentre legalmente privado de su libertad (sea en prisión preventiva o condenado), esta situación ya está prevista y penada por el Código Penal en su art. 280 cuando tipifica el delito de Evasión, por lo tanto no es un supuesto novedoso sino la concreción procesal de una normativa de fondo, en tanto habilita a la fuerza policial a una persecución inmediata posterior de ocurrida la evasión; se trata, entonces de un supuesto concreto de flagrancia, que perfectamente podría ser absorbido por la previsión genérica.

La tercera situación excepcional está prevista en el último párrafo del art 280 del C.P.P.T. donde dispone que podrán también aprehender a la persona que se encuentre en la situación prevista por el artículo 275 (cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible), siempre que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación, y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención. Cabe advertir la extrema excepcionalidad con la que debe ser utilizada esta herramienta en tanto pone en cabeza del agente policial facultades estrictamente jurisdiccionales. En efecto el artículo lo habilita a privar la libertad ambulatoria de una persona “si existen motivos bastantes para sospechar que ha participado en la comisión de un hecho punible”. Ponderación ésta que por regla general le compete al Juez, único órgano habilitado constitucionalmente para privar de libertad a una persona, por la discrecionalidad que implica decidir si “hay motivos bastantes para sospechar”. Una decisión de tal

naturaleza debe tomarla el juez pues las características que ostenta esta magistratura (órgano imparcial, que requiere título habilitante y otros requisitos para acceder a ella) le otorgará legitimación al acto.

Es decir que en principio toda disposición de esta naturaleza ejercida por la policía se presume ilegítima, con una presunción iuris tantum que permite al agente demostrar concretamente la sospecha y que los motivos sean de tal magnitud que tornen indispensable su accionar y por lo tanto conviertan en legítima la medida.

Además son requisitos de procedencia de esta orden excepcional de “detención” en cabeza de la policía que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación, y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención. No basta la sospecha sino que además debe existir un peligro inminente de fuga o un serio entorpecimiento de la investigación. Estas circunstancias son las que justifican la prerrogativa policial en análisis cuando la aprehensión sin orden sea el único modo de garantizar el accionar de la justicia. El Tribunal Superior de Córdoba en la causa “Brito”³⁴ estableció qué debe entenderse por peligro inminente de fuga: “debe surgir de las circunstancias apreciadas in situ por la autoridad policial, cuya determinación exige prontitud en la actuación. Su fundamento reposa en que tiende a asegurar la presencia del imputado durante la sustanciación del proceso, desde que no puede haber juicio plenario en rebeldía”. En el mismo precedente fijó también los alcances del término serio entorpecimiento de la investigación: “en forma excluyente, abarca los casos en que pueda el imputado alterar los rastros o huellas del hecho delictivo, acordar con sus cómplices o inducir falsas declaraciones.”

Finalmente, el único fin de esta atribución policial excepcional es conducir inmediatamente al aprehendido ante la autoridad judicial competente para que controle lo actuado y, de ser necesario, ordene la libertad. Calificada doctrina establece que seis horas es el tiempo máximo de duración de esta medida precaria de privación de libertad.

Ahora bien, corresponde fijar los alcances del término “motivo bastante para sospechar que ha intervenido en un hecho ilícito”. Como ya se dijo anteriormente, la

³⁴ Sent. N° 42 de 20/4/1999 en cita de José I. CAFFERATA NORES y Aída TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Mediterránea, 2003, p. 665 notas 1398 y 1400.

sospecha debe basarse en “Buenas razones”, “información objetiva” y “fuente de calidad”. Se exigen datos objetivos y concretos que permitan que un observador imparcial llegue a conclusiones similares.

Aunque en la normativa supranacional la sospecha de culpabilidad sólo se exige expresamente frente a la privación de libertad preventiva, también es exigible respecto a cualquier medida de coerción que implique restringir el derecho a la libertad ambulatoria. Si sólo la sospecha creciente (es decir aumentada en relación a la originariamente existente) justificará la prisión preventiva (Comisión IDH, Informe n° 12/96, caso 11.245), es obvio que aquella legislación, da por sentada la existencia de una sospecha originaria (antes de crecer) que es condición necesaria de cualquier imputación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tópico, y sus consideraciones son perfectamente aplicables: "Ciertamente, el apartado l.c) CEDH autoriza el arresto y la detención de una persona para su puesta a disposición de la autoridad judicial competente por la mera existencia de 'razonables sospechas' de que el individuo arrestado 'ha cometido una infracción' (TEDH, Stógmüller, sentencia del 10/XI/69) lo que implica que el detenido sea "llevado ante un juez, sin demora" (art. 7.5, CADH; art. 9.3, PiDCP) que decidirá mediante criterios ajustados a derecho si existen motivos que justifican la detención y ordene la puesta en libertad si no existen tales razones. El órgano de control "no debe poseer meras facultades consultivas, sino también la competencia para resolver sobre la legalidad de la prisión y ordenar la puesta en libertad si fuera ilegal"³⁵.

La existencia de una primera sospecha habilitaría al Estado a “acordar la detención de toda persona sobre la que pesen indicios racionales de criminalidad”. La Corte IDH señaló que no se puede "restringir la libertad del detenido más allá del límite estrictamente necesario para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de la investigación (Corte IDH, Suárez Rosero, I2/XI/97). La jurisprudencia supranacional ha sostenido que como "la efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que

³⁵ Cfr. José I. CAFFERATA NORES, *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 181.

transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva", la sola sospecha "resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de libertad, aunque haya legitimado la detención en un primer estadio. Y que. "La detención de una persona sólo puede justificarse si existe sospecha de que haya participado en la comisión de una conducta contraria a bienes jurídicos estimados como socialmente valiosos en una sociedad democrática" (Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

Es necesario que el agente pueda describir y fundamentar cuales fueron las conductas o actos que le generaron sospechas de encontrarse ante un cuadro pre delictual, ello en tanto la autoridad habilitada para requerir la requisita y la detención, es el juez y solo en casos de urgencia y excepcionales se permite delegar la decisión.³⁶ *“El agente policial deberá dar cuenta objetivamente de cuáles son las circunstancias a partir de las cuales funda -indicios vehementes-, -circunstancias debidamente fundas- o -motivos suficientes para presumir-. Es decir, se debe tratar de causas comprobadas, y no meras conjeturas carentes de asidero objetivo. La exteriorización de las circunstancias objetivas permitirá a los jueces ejercer un debido control de legalidad y razonabilidad sobre la conducta funcional de las fuerzas de seguridad.”*³⁷

En mérito a todo lo expuesto, y de acuerdo con la teleología procesal y constitucional, es razonable afirmar que ninguna persona puede ser privada legítimamente de su libertad si ese acto de coerción no se practica conforme a las causas o supuestos fijados por la legislación y a la luz de los procedimientos establecidos en ella. En apretada síntesis, puede decirse que las leyes procesales, cuando consagran esta significativa expresión del poder punitivo estatal, otorgan a la autoridad preventora y particulares la legitimidad de aprehender, ante determinadas circunstancias justificantes, sin orden judicial. Toda medida coercitiva, cualquiera sea ella, conmueve garantías y derechos constitucionales (libertad, intimidad y otras), por lo que aquella que se ejercite debe realizarse de acuerdo con los supuestos fijados por la legislación y a la luz de los procedimientos establecidos en ella. La reacción de un particular en defensa propia o de terceros, aun cuando se encuentre dentro del campo del régimen de excepción que habilite

³⁶ cfr. CFCP Sala IV, “Parrado, Pablo Sebastián s/ Rec. de Casación” citado en Juan Facundo GÓMEZ URSO, Op. Cit., p. 172.

³⁷ Juan Facundo GÓMEZ URSO, Op. Cit., p. 173

la aprehensión y la requisita compulsiva, debe ajustarse a los estándares de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.³⁸

Conclusión

Luego del extenso análisis efectuado podemos concluir que el estándar necesario para privar de Libertad a un individuo es elevado y exigente, nutrido por la constante elaboración que realizan los organismos internacionales y también los tribunales nacionales en el sentido de una preservación cada vez más fuerte de la garantía en cuestión.

Se reafirma el requisito de legalidad como presupuesto básico para que proceda toda detención y se refuerza la idea de que solo el juez es la autoridad competente para dictarla. Excepcionalmente y también bajo los presupuestos legalmente previstos puede la policía privar de Libertad a una persona sin orden judicial, pero por un acotadísimo plazo, el necesario para ponerlo a disposición de autoridad competente.

Por ser la excepción a la regla, toda detención efectuada por la policía sin orden judicial se presumirá ilegítima, y el agente deberá justificar su proceder en los dos únicos supuestos que la ley lo habilita: flagrancia o urgencia. La intervención deberá estar apoyada en elementos concretos que permitan convencer a un observador objetivo de la razonabilidad de la medida de coerción.

El requisito de tipicidad contenido en la obligación de fijar de antemano las condiciones de detención, requiere que la ley defina las causas y condiciones para que esta medida pueda llevarse a cabo, en forma precisa. En efecto, el legislador prescribió la existencia previa de determinadas circunstancias que generen un grado de sospecha para llevar a cabo una medida de coerción por parte del personal policial y por ello su validez nunca podrá estar basada en un conjunto de subjetividades del policía interviniente para así evitar que la simple sospecha sirva como “comodín” para ser utilizada en cualquier supuesto.

³⁸ Luciano BIANCHI, “Detención por particulares y requisita”, La Ley 15/06/2018- AR/DOC/1002/2018.

La exteriorización de las circunstancias objetivas permitirá a los jueces ejercer un debido control de legalidad y razonabilidad sobre la conducta funcional de las fuerzas de seguridad. Estos elevados estándares son exigibles sin excepción como presupuesto básico de un Estado de Derecho. Cualquier actuación policial que no respete estos parámetros será reputada inconstitucional e implicará una usurpación ilegítima de facultades jurisdiccionales.
