

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

---

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •  
EJECUCIÓN DE LA PENA

## **DIRECTOR**

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

## **ÁREA PROCESAL**

MIGUEL Á. ALMEYRA

## **COORDINADORES**

MATÍAS BAILONE  
GABRIEL IGNACIO ANITUA

## **EDITOR RESPONSABLE**

FRANCISCO J. CROCIONI

## **COMITÉ ACADÉMICO**

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)  
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)  
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)  
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)  
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)  
NILO BATISTA (BRASIL)  
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)  
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)  
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)  
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)  
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)  
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)  
SERGIO MOCCIA (ITALIA)  
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)  
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)  
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)  
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)  
JUAREZ TAVARES (BRASIL)  
JOHN VERVAELE (HOLANDA)  
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

## COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA  
FERNANDO ARNEDO  
JAVIER BAÑOS  
RICARDO BASÍLICO  
VERÓNICA BILCZYK  
MARÍA LAURA BÖHM  
JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA  
LEONARDO BROND  
CARLOS CARAMUTI  
ROBERTO MANUEL CARLÉS  
CARLOS CHIARA DÍAZ  
MELINA DE BAIROS MOURA  
JAVIER DE LUCA  
HORACIO DIAS  
MATÍAS EIDEM  
DANIEL ERBETTA  
ADRIÁN FERNÁNDEZ  
RUBÉN E. FIGARI  
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO  
MANUEL MAROTO CALATAYUD  
JULIANA OLIVA  
LORENA PADOVAN  
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ  
MARCELA PAURA  
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ  
JONATHAN POLANSKY  
PABLO QUALINA  
RODRIGO M. RASKOVSKY  
MARCELO RIQUERT  
GUIDO RISSO  
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ  
MÁXIMO SOZZO  
PABLO TELLO  
VALERIA VEGH WEIS  
MYRNA VILLEGAS DÍAZ  
JONATAN WAJSWAJN  
VERÓNICA YAMAMOTO  
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

## CON EL AUSPICIO DE

## ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

### **Criterios uniformes para el envío de colaboraciones**

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a [laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com](mailto:laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com)  
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

**Nota de la Dirección:** las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

# SUMARIO

<i>In memoriam</i> Ricardo Alberto Grisetti Por <b>Julio C. Báez</b> .....	VII
---	-----

## **DERECHO PENAL**

### DOCTRINA

Análisis del delito de secuestro virtual: ¿es una extorsión o una estafa? Por <b>Federico Iruستا y Pablo E. Ordóñez</b> .....	3
La nueva Ley de Defensa de la Competencia Por <b>Daniel González Stier</b> .....	11
Aborto: condena penal, castigo social Por <b>Sofía Lanzilotta</b> .....	23
“Cumplimiento parcial” a los fines de la reincidencia Por <b>Anabela Antegiovanni</b> .....	34

## **PROCESAL PENAL**

### DOCTRINA

Detención policial sin orden judicial: una problemática común a las provincias Por <b>Facundo M. Leguizamón</b> .....	55
--	----

### NOTA A FALLO

Etapas intermedia Por <b>Lilián A. Ortiz y Cristian Perkovic</b> .....	67
---	----

DEFRAUDACIÓN POR CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ / Procedimiento penal. Excepción de falta de acción. Procedencia. Sobreseimiento de la imputada. Recurso de casación. Etapas del proceso penal. Tribunal que se pronunció sobre el fondo del asunto antes del momento procesal oportuno. Revocación de sentencia. Interpretación errónea del art. 174, inc. 2 del Código Penal (CNCasCrim. y Correc.) .....	67
---	----

Imparcialidad de los magistrados en el sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio Por <b>Luciano Bianchi</b> .....	80
DELITOS ESPECIALES / Terrorismo. Investigación de la causa principal. Relación con el encubrimiento. Recusación del magistrado. Garantía de imparcialidad del juzgador. Disidencia (CFCasación Penal) .....	80
Requisa de vehículos sin orden judicial Por <b>Luciano Bianchi</b> .....	107
REQUISAS PERSONALES / Ausencia de orden judicial. Circunstancias concomitantes (CFCasación Penal) .....	107
¿En camino hacia una acción popular? Por <b>Marcos A. Frezzini</b> .....	126
QUERRELLA / Administración fraudulenta. Apartamiento de la parte querellante de forma oficiosa. Debido proceso. Revocación de sentencia (CFCasación Penal) .....	126
Legitimación para ser civilmente demandado en el proceso penal Por <b>Juan Manuel Leonardi</b> .....	141
TRATA DE PERSONAS / Conducta penalmente típica. Participación criminal. Responsabilidad del Estado Municipal. Obtención de números telefónicos. Disidencia (CFCasación Penal) ...	141
El descuento de la prisión preventiva Por <b>Ricardo S. Favarotto</b> .....	176
HURTO POR ESCALAMIENTO / Huellas dactilares. Elementos sustraídos en el domicilio del imputado (JCorrec. Nro. 1, Bahía Blanca) .....	176
 <b><i>EJECUCIÓN DE LA PENA</i></b> .....	
<u>DOCTRINA</u>	
Reformulación de los principios de la ejecución penal a través de la noción de acto o hecho del proceso Por <b>Pablo A. Vacani</b> .....	187
Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. La morigeración del encierro Por <b>Carlos E. Llera</b> .....	192
 <b><i>PONENCIAS. CONGRESO DE DERECHO PENAL 2018</i></b> .....	
<u>DOCTRINA</u>	
De negros, educación y pena Por <b>Rodrigo F. Videla</b> .....	211

El humor como herramienta de control social y la vergüenza como castigo Por <b>Laura Farb</b> .....	218
¿Dónde queda la privacidad frente a nuevas formas de investigación? Por <b>Rodolfo Ariza Clerici</b> .....	224
La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal. Debate sobre algunos aspectos problemáticos de su regulación e instrumentación práctica Por <b>Gabriel C. Fava</b> .....	233
Inconstitucionalidad de la cosa juzgada írrita y fraudulenta. Excepciones en los juicios simulados ( <i>sham trial</i> ) como posible revisión de sentencias fraudulentas Por <b>Alberto T. Dakkache</b> .....	241
El tipo penal de interrupción de comunicaciones en el Anteproyecto de Código Penal. Ciberataques y protección penal de las infraestructuras críticas en la era digital Por <b>Santiago E. Gamarra</b> .....	253

### **COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO**

<i>Borges y la criminología</i> , por <b>Alejandro Poquet</b> . Comentado por <b>Daniel R. Vítolo</b> .....	259
---	-----

# Detención policial sin orden judicial: una problemática común a las provincias

POR FACUNDO M. LEGUIZAMÓN

**Sumario: I. Introducción.— II. Derecho contravencional.— III. Ley Orgánica de la Policía.— IV. Dificultades para testear constitucionalmente la normativa en cuestión.— V. Conclusiones.**

## I. Introducción

El art. 18 de la CN establece que “nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente”. Sobre el particular, señala Ekmekdján que “si bien la cláusula constitucional no especifica a qué autoridad hace referencia la doctrina y jurisprudencia han entendido que se trata del juez de la causa” (1). Sin embargo, sabido es que el *Cód. Procesal Penal*, el *Cód. Contravencional* y la *Ley Orgánica de la Policía* otorgan a los funcionarios policiales la facultad de privar de libertad a una persona sin el recaudo de orden escrita emanada de autoridad competente.

Haciendo a un lado al *Cód. Procesal Penal* que establece —a mi criterio— una *reglamentación tolerable* al art. 18 de la CN (2), tanto el *Cód. Contravencional* como la *ley orgánica policial* otorgan a la fuerza facultades para detener sin orden judicial en franca transgresión al *bloque de constitucionalidad* (Constitución Nacional

(1) EKMEKDJÁN, Miguel Á., “Tratado de derecho constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, t. II, p. 322. Luego, el mencionado autor aclara que “Únicamente en la situación excepcional del estado de sitio el concepto incluye al presidente de la República. Estas son las únicas “autoridades” constitucionalmente facultadas para ordenar el arresto de una persona” (ob. cit., p. 326).

(2) Pues las causas por las cuales habilita a la policía a detener sin orden judicial son objetivas y, fundamentalmente, porque en todos los casos la fuerza tiene la obligación de dar aviso inmediato al juez de Instrucción (art. 189, inc. 3º, CPP) y “los derechos que la ley acuerda al imputado podrá hacerlos valer... la persona que fuere detenida... en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra” (art. 70, CPP).

más Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional) (3).

Tales irregularidades, lamentablemente, no son exclusivas de la provincia de Corrientes, sino que, en mayor o menor medida, las demás provincias padecen los mismos defectos, por lo que, si bien el presente comentario es con relación a la normativa correntina, bien valen estas líneas para las demás entidades autonómicas.

## II. Derecho contravencional

La materia contravencional, en el ámbito de la provincia de Corrientes, se encuentra regulada por el dec.-ley 124/01 (y modificatorias mediante dec.-ley 137/01). Si bien tal normativa implicó un significativo avance en relación con el llamado *Cód. de Policía* que rigiera por un siglo, no es menos cierto que varios de los *tipos contravencionales* que recepta como, en general, sus procedimientos son francamente contrarios al bloque de constitucionalidad.

Dando por sentado que el *derecho contravencional* es derecho penal (4), resulta particularmente llamativa la escasa *doctrina* como *jurisprudencia* sobre la materia. Lo primero pudo obedecer —precisamente— al cuestionamiento inicial del carácter penal del derecho contravencional (5), y la prácticamente nula ju-

(3) QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Á. - CENICACELAYA, María de las Nieves, “Derecho Constitucional argentino”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, t. 1, p. 526.

(4) CS, Fallos: 156:100; 239:449; 267:457; 287:76; 290:202.

(5) Dado que las provincias delegaron en el gobierno federal el dictado del *Cód. Penal* (art. 75, inc. 12, CN),

risprudencia, en parte pudo ser la consecuencia del desinterés de la doctrina sobre la materia como el *sistema de control deficiente* que se diseñó para su control según veremos.

En esta exposición pretendo señalar las serias irregularidades —seguramente no todas— que padece el *procedimiento* contravencional de Corrientes, dejando a un costado los igualmente serios cuestionamientos que merecen las figuras contravencionales (6). Veamos cuáles son:

### II.1. La asistencia letrada no es obligatoria

El art. 13 dispone: “La asistencia letrada del presunto contraventor *no será necesaria* en ninguna etapa del proceso” (art. 13) (7).

Sobre el particular, dijo la CS en “N. J. G.” (8): “21)... *la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio en procedimientos de imposición de sanciones administrativas exige* —entre otros requisitos— *que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se refiere*

cuando aquellas dictaron sus leyes contravencionales, a nivel doctrinario se generó una discusión si estas eran o no de naturaleza penal.

(6) Vgr.: molestia a personas en sitio públicos (art. 40); actos contrarios a la decencia pública (art. 41); prostitución molesta o escandalosa, medidas profilácticas o curativas (art. 42); mendicidad y vagancia (art. 44); mendicidad vejatoria, fraudulenta o valiéndose de menores (art. 45); ebriedad o borrachera química escandalosa (art. 54); inobservancia de medidas de seguridad dictadas por autoridad competente (art. 66); patotas (art. 71); portación ilegal de armas (art. 75); posesión injustificada de llaves alteradas o ganzúas (art. 83); merodeo en zona urbana o rural (art. 84); reuniones públicas tumultuarias (art. 85), entre otros. Un análisis crítico de tales contravenciones puede consultarse en BENÍTEZ (h.), Víctor H. - JULIANO, Mario A., “Código Contravencional de la Provincia de Corrientes”, Ed. Mave, Corrientes, 2008.

(7) Con diferentes variantes, contemplan el derecho de defensa de un modo facultativo los Códigos de Neuquén (art. 44), Misiones (art. 41), La Pampa (art. 42), Córdoba (art. 53), Río Negro (art. 31), San Juan (art. 9º) y Santiago del Estero (art. 168).

(8) Sobre esta circunstancia y otros aspectos de nuestro Cód. Contravencional que serán indicados, es preciso traer a colación tal precedente (CS, Fallos: 333:1891) en donde el máximo Tribunal de la República, a raíz de una presentación que contó como amicus curiae a la ADC (Asociación por los Derechos Civiles), tuvo oportunidad de controlar la constitucionalidad de algunos aspectos del entonces vigente Cód. Contravencional de la Provincia de Tucumán.

el art. 18 de la CN *se desarrolle en paridad de condiciones* respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (CS, Fallos: 312:1998, considerando 4º, del voto de la mayoría)”.

Por cierto, más allá de lo que dijera el máximo Tribunal de la Nación en cuanto a la inviolabilidad de la defensa en juicio en esta clase de procesos, lo cierto es que el art. 13 del Cód. Contravencional fue declarado inconstitucional y constituye un valioso —aunque aislado— precedente (9).

Lo expuesto evidencia que resulta inadmisibles que la asistencia letrada —sea pública o privada— del supuesto contraventor no sea de carácter obligatorio en el proceso contravencional, tal conclusión será robustecida cuando desarrollemos los estándares que surgen de los organismos internacionales.

### II.2. Establece un juzgamiento administrativo que afecta las garantías de independencia e imparcialidad

El art. 90 dispone que “[p]ara conocer y juzgar las faltas cometidas... serán competentes I) para la *instrucción y juzgamiento* administrativo los *funcionarios de la Policía* correspondiente al lugar donde se cometiera la infracción”.

Sabido es que las instituciones que se encuentran en la esfera del Poder Ejecutivo, como es el caso de la Policía, de acuerdo con nuestro diseño constitucional, no pueden ejercer funciones jurisdiccionales (arts. 1º y 109 CN) (10). Sin embargo, la CS admitió la constitucionalidad de tales tribunales administrativos si cumplen determinados recaudos.

Así, del precedente “Estrada” (11) surgen los recaudos que un tribunal administrativo debe

(9) Fuente: <http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/en-causas-por-infraccion-al-codigo-contravencional-tambien-se-necesita-defensa-particular/>.

(10) Distintos códigos contravencionales otorgan funciones jurisdiccionales a los miembros policiales, verbigracia, Santiago del Estero (art. 137), Catamarca (art. 45), La Rioja (art. 61) y Salta (art. 167).

(11) CS, Fallos: 328:651.

cumplir para ser considerado constitucional: i) debió haber sido creado por ley; ii) su *independencia e imparcialidad* estén aseguradas; iii) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable; y iv) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Con relación a los recaudos “i)” y “iii)”, a mi modo de ver, son cumplidos por el Cód. Contravencional pues fue creado por ley (12) y el objetivo tenido en cuenta por el legislador para crearlos, es razonable en la medida que se respeten las demás exigencias. En tanto que los recaudos individualizados en los ítems “ii)” y “iv)” claramente no son satisfechos. Empezamos por el primero de los indicados.

Como se advierte, en el juzgamiento administrativo de las faltas estipulado por el Cód. Contravencional, la *independencia del juzgador* está seriamente comprometida pues, la Policía depende directamente del Poder Ejecutivo (13).

En el mismo sentido, la *imparcialidad del juzgador* también se encuentra gravemente afectada. Así, no solo que la Policía *instruye y juzga* a nivel administrativo, en franca contradicción al *leading case* de la CS “Llerena” (14) que censura categóricamente tal confusión de roles, sino que también *acusa*, resintiendo aún más la garantía de imparcialidad.

La situación es todavía más preocupante pues el art. 27 del Cód. Contravencional dispone que *los importes de las multas ingresarán al Fondo Especial de Seguridad “FOESE” creado por ley 5154* (15). Lo que genera que el funcionario

policial encargado de impartir justicia se torne *interesado*, pues los recursos económicos de la Fuerza a la que pertenece se verán incrementados en hipótesis de condenar al contraventor a una pena de multa.

En síntesis, el juzgador administrativo que prevé el Cód. Contravencional no tiene *independencia ni imparcialidad* (pues *instruye juzga y acusa*) y es *interesado* en la suerte del proceso.

### II.3. El sistema de conversión de multa en arresto es inconstitucional

El art. 28 del Código en cuestión dispone que “si la multa no fuere abonada en el plazo establecido en el art. 24 (16) y la infracción estuviere también sancionada con privación de la libertad, se producirá su conversión en arresto...” (17).

Sobre tal modalidad de “conversión automática” de la multa en arresto, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes dijo: “el arresto no funciona como una sanción por la infracción, sino como una sanción de la falta de pago de la pena de multa impuesta... Así las cosas, resulta evidente que... se encuentra en colisión con la norma del art. 18 de la Constitución de la provincia de Corrientes en cuanto prescribe que: Ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas” (18).

Tal criterio no es más que la ratificación de un principio que viene del Derecho Romano que censura la prisión por deudas y que fue receptado por el art. 7.7 de la CADH.

### II.4. El sistema de detención preventiva es inconstitucional

Aunque el art. 105 del Cód. Civil dispone como regla general que “[l]a privación de la libertad

(12) En rigor, fue puesto en vigencia por decretos de un interventor federal, normas jurídicas válidas en nuestro esquema constitucional (art. 6º, 75, inc. 31 y 99, inc. 20, CN).

(13) Ley Orgánica Policial (dec.-ley 33), “La Policía de la Provincia es una unidad de organización del Poder Ejecutivo, que depende del Ministerio de Gobierno” (art. 6º).

(14) CS, Fallos: 328:1491.

(15) A su vez, esta ley dispone que tal fondo está “destinado a incrementar los recursos económicos para la atención de los aspectos técnicos y materiales que demanden la Seguridad Urbana y Rural de la Provincia, quedando expresamente excluido el pago de haberes y otras remuneraciones” (art. 1º).

(16) Tres días de notificada y firme.

(17) Con diferentes matices prevén el sistema de conversión los Códigos contravencionales de las provincias de Buenos Aires (art. 6º), Santiago del Estero (art. 16), San Juan (art. 17), Chaco (art. 26), Santa Fe (art. 21), San Luis (art. 17), Jujuy (art. 42); Mendoza (art. 22), Santa Cruz (art. 10), Córdoba (art. 7º), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 24).

(18) STJ de Ctes. Nº 187 07/12/1988, “Sanauria, Roberto Aníbal o s/ acción de hábeas corpus”, expte. Nº 6068/88, entre otros.

durante el proceso tiene *carácter excepcional* y las normas que la autoricen son de interpretación restrictiva”, seguidamente, el art. 106 establece que “[l]a detención preventiva podrá ordenarse, cuando la infracción atribuida previene pena privativa de libertad, en los siguientes casos: 1) Si fuere sorprendido en flagrancia. 2) Si tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en la comisión de una contravención. 3) En razón del estado o la condición del presunto infractor. 4) Cuando no tuviere domicilio conocido dentro o fuera de la provincia...”

La doctrina sobre el particular refiere: “la serie de supuestos en que la ley correntina prevé que podrá disponerse la detención preventiva del presunto contraventor es tan amplia que en los hechos termina por desnaturalizar en forma completa el principio general previsto por el art. 105... *la totalidad de los presuntos infractores podrían ser privados preventivamente de libertad...* sin control judicial de ninguna índole... Ya la prisión preventiva ordenada judicialmente merece reparos en su constitucionalidad, lo que claramente se reafirma y agrava si esa potestad es otorgada a un órgano administrativo” (19).

Vale decir, al estar diseñada la prisión preventiva como una regla y no una excepción y —además— al no prever un mecanismo de control judicial sobre la legitimidad de tal, resulta inconstitucional e inconvencional (20).

#### II.5. El recurso contra la decisión administrativa es inconstitucional por su ineficacia y efecto

El art. 93 del Cód. Civil estipula que dictada la resolución por la autoridad administrativa “...notificarán de inmediato al imputado haciéndole saber que le asiste el derecho de ocurrir ante el juez competente...” A su turno, el art. 94 dispone: “El imputado... podrá solicitar la revisión judicial de la misma... al que deberá formular por escrito en el término de 48 horas por ante la autoridad de la que emanó la resolución... Si el imputado permaneciere detenido cualquier persona podrá

solicitar por escrito la apertura de la instancia judicial...” Por último, el art. 96, 1º párr., dispone: “Si el imputado hubiere solicitado la apertura de la instancia judicial la autoridad administrativa deberá elevar de inmediato el sumario con los detenidos que hubiere al juez competente, sin hacerse efectiva la condena, sin perjuicio de continuar en el estado de detención preventiva en que se encontrare”.

Como se advierte, el Código en cuestión prevé una vía de impugnación judicial de la decisión administrativa que puede ser articulada por el imputado o por un tercero si aquel estuviere detenido. Tal recurso, aunque luzca como idóneo, es *ineficaz* pues —sumado al hecho de la no obligatoriedad de la asistencia letrada— no está prevista la *comunicación a un tercero* de la situación del presunto contraventor y el *plazo* para formularlo es sumamente exiguo (48 horas).

Sobre la *necesidad de comunicación a un tercero* ajeno dijo la CS en el citado caso “N. J. G.” (21): “22)... al no estar prevista, cuando menos, la efectiva comunicación de la situación del contraventor a terceros ajenos a la autoridad policial, la detención necesariamente habrá de producirse en condiciones contrarias al estándar fijado por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio*” (22).

En cuanto al *plazo para formular la vía de impugnación* dijo el Tribunal cimero en el aludido caso “N. J. G.”: “31)... el Estado está obligado a crear las condiciones para que cualquier recurso en favor del detenido pueda tener resultados efectivos. A tal fin, un recurso de apelación que debe ser presentado ante la autoridad policial en el término de tres días, fundamentado en el mismo acto, bajo apercibimiento de no tenérselo por interpuesto o de establecer su inadmisibilidad (arg. *a quo* art. 4º, ley provincial 6756), sin haber contado —en el caso— con asistencia letrada, en modo alguno puede ser calificado *ex ante* como ‘efectivo’ en los términos indicados...”.

(21) CS, Fallos: 333:1891.

(22) Sobre el particular, dijo la Corte IDH en “Bulacio”, Sentencia del 18/09/2003 “130. Por otra parte, el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda...”

(19) BENÍTEZ, Víctor H. - JULIANO, Mario A., ob. cit., p. 76.

(20) Una disposición con análogo resultado tiene el Código de Córdoba (art. 59).

Las falencias puestas de resalto por la CS respecto del entonces vigente Cód. Contravencional de la provincia de Tucumán se replican en el Código correntino con el agravante que en este el plazo para apelar es menor (48 hs.).

Asimismo, el recurso contra la decisión administrativa es inconstitucional por su *efecto meramente devolutivo* (23). De hecho, la apertura de la instancia judicial *no tiene efecto suspensivo* pues, si bien el art. 96 de Cód. Civil dispone que en tal supuesto no deberá hacerse efectiva la condena, tras cartón dice: “sin perjuicio de continuar en el estado de detención preventiva en que se encontrare”. En rigor, ello no es más que un eufemismo pues muy poco le importa al imputado estar detenido en virtud del cumplimiento de una sanción o, por el contrario, preventivamente (24).

Lo expuesto pone en evidencia que la apertura de la instancia judicial no genera la suspensión de la sanción privativa de libertad aplicada por la autoridad administrativa. Sobre el particular, siempre citando al caso “N. J. G.” dijo el alto Tribunal de la Nación: “(15)... un recurso judicial que no permita un *control efectivo* de las sanciones de naturaleza penal que importan privación de libertad no está en condiciones de cumplir el cometido de control judicial suficiente al que se viene aludiendo (así, CS, Fallos: 311: 334)” (25).

Por lo dicho, resulta claro que el recurso previsto para cuestionar la decisión administrativa es inconstitucional.

#### II.6. La llamada consulta obligatoria es inconstitucional

El art. 95 establece que “[l]a sanción... que exceda de los *veinte días de arresto*... no serán eje-

(23) Contempla el efecto meramente devolutivo de los recursos el Código de Santa Cruz (art. 147).

(24) Cafferata Nores señala que “lo que realmente importa al imputado es estar en libertad y que los nombres, las cauciones y hasta las obligaciones que se le imponen son asuntos accesorios...” (conf. “La excarcelación”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, 2ª ed., ps. 3 y 4).

(25) A su vez, en tal precedente (CS, Fallos: 311: 334) dijo la CS: “la validez de los pronunciamientos administrativos se halla supeditada al requisito de que las leyes pertinentes dejen expedida la instancia judicial posterior... frente a la aplicación de sanciones de naturaleza penal que importan privación de libertad... la insuficiencia de este recurso es clara, cuando se observa que está previsto al solo efecto devolutivo...”

cutadas hasta tanto no se eleven en consulta al juez competente, quien deberá expedirse dentro de los diez días... Si en dicho plazo no hubiere pronunciamiento judicial quedará firme la sanción... En caso de existir detenidos el juez deberá expedirse en forma inmediata” (26).

Como se vislumbra, el Cód. Civil recién exige el control judicial cuando la sanción exceda los veinte días de arresto, vale decir que respecto de toda sanción privativa de libertad de hasta 20 días de arresto la existencia de un debido control judicial —a provocarse exclusivamente por el imputado o un tercero en su favor con los alcances que viéramos— queda, en buena medida, en manos del azar.

Tal normativa contradice la Convención Americana de Derechos Humanos que en su art. 7.6 dispone: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, *sin demora*, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales...”

Las razones apuntadas evidencian que el sistema de control judicial previsto en el Cód. Contravencional de Corrientes constituye una reglamentación *intolerable* al bloque de constitucionalidad.

#### II.7. El recurso de apelación contra la decisión judicial es inconstitucional

Provocado eventualmente el control judicial, el art. 103 dispone que “contra la sentencia del Juez podrá interponerse recurso de apelación por a) Inobservancia del procedimiento, o b) Errónea aplicación del derecho...” (27).

Tal limitación recursiva afecta la *garantía de la doble instancia* consagrada en los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, al interpretar la Corte IDH (28) los alcances de tal garantía, dijo: “El derecho al recurso significa

(26) Una disposición similar tiene el Cód. Contravencional de Córdoba (art. 55).

(27) Una disposición similar tiene el Código de Salta (art. 160).

(28) “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, 2002.

que el acusado tiene derecho a que se examine íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena”. Tal criterio fue receptado por nuestra CS en el precedente “Casal” (29).

En síntesis, de las observaciones al Cód. Contravencional *supra* realizadas, se advierte sin mayores esfuerzos que su *dinámica procesal* es abiertamente contraria al derecho constitucional y convencional. Sin perjuicio de lo expuesto *infra* veremos distintos estándares que son igualmente aplicables a detenciones dispuestas en el marco del Cód. Contravencional.

### III. Ley Orgánica de la Policía

En lo que se refiere a la facultad policial de detener sin orden judicial, la Ley Orgánica Policial (dec.-ley 33/2000) en su art. 8º estipula: “... la Policía de la Provincia deberá... T) Demorar a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se negare a identificarse o no portare documento de identificación personal o no tuviere domicilio fijo o conocido. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para su identificación, averiguación de domicilio, conductas y medios de vida, sin exceder el plazo de veinticuatro horas” (30).

Tal facultad policial —al menos como está regulada— es *manifestamente inconstitucional* y constituye un *riesgo latente de generar responsabilidad internacional* por contradecir abiertamente los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, fundamentalmente, por constituir una fuente de abusos y transgresiones a los derechos fundamentales.

Sin embargo, pese a su evidente inconstitucionalidad, señala Carrió —al tratar esta facultad denominada *detención por averiguación de ante-*

*cedentes*— que “hasta donde el autor ha podido investigar, la Corte Suprema jamás fue llamada a pronunciarse sobre la validez constitucional de dicha norma” (31) y luego advierte: “en la medida en que nuestros tribunales no modifiquen su criterio acerca de cómo definir las llamadas ‘cuestiones abstractas,’ facultades del tipo de las que acordaba el dec.-ley 333/58 (32) difícilmente podrán ser cuestionadas ante la justicia pese a su muy dudoso sustento constitucional” (33).

De todos modos, aunque el máximo Tribunal de la Nación nunca trató de llenar tales facultades policiales, sí se expidió respecto de los *estándares* que cabe aplicar a las detenciones dispuestas por las fuerzas, sea que estas actúen al amparo de los *códigos procesal penal, código contravencional* o de las *leyes orgánicas* que regulan su funcionamiento.

Así, de la jurisprudencia de la actual composición del Tribunal —en los votos de al menos tres de sus miembros— se puede inferir que recepta el estándar más protector de la libertad que exige *indicios vehementes de culpabilidad* para convalidar una detención policial, por oposición al más lesivo que legitima detenciones policiales practicadas sobre la base de la *mera actitud sospechosa* (34).

(31) CARRIÓ, Alejandro, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 6ª ed., ps. 233-234.

(32) Norma ya derogada y similar al vigente art. 8º inc. t de la vigente Ley Orgánica de la Policía.

(33) CARRIÓ, Alejandro, ob. cit., p. 235.

(34) El estándar más respetuoso de la libertad fue sentado por la Corte Suprema en el año 1994 en “Daray” (CS, Fallos: 317:1985), luego abandonado en 1998 en “Fernández Prieto” (CS, Fallos: 321:2947) y ratificado en fallos posteriores entre ese año y el 2003 en “Tumbeiro” (CS, Fallos: 325:2485), “Monzón” (CS, Fallos: 325:3322) y “Szmilowsky” (CS, Fallos: 326:41). Finalmente, se empieza a retomar el buen criterio sentado en “Daray” a partir del año 2004. Tal retorno comienza con el ministro Maqueda en “Waltta” (CS, Fallos: 327:3829), continúa con Highton de Nolasco y Lorenzetti en “P. C. M.” (03/05/2007, P. 1666. XLI. RHE, LL 2007-D, 625) y culmina con la reafirmación de tal criterio por parte de Lorenzetti en “Ciraolo” (CS, Fallos: 332:2397) (Conf. ALEGRE, Juan Ramón - LEGUIZAMÓN, Marcos F., “Detención de personas sin orden judicial: el retorno a la doctrina ‘Daray’”, Sup. Penal 2010 [diciembre], LA LEY 2010-F, 1230). Por su parte, los ministros Rosatti y Rosenkrantz, hasta la fecha no se han expedido sobre la temática, pese a que tuvieron oportu-

(29) CS, Fallos: 328:3399.

(30) En este punto, lamentablemente, la problemática no es exclusiva de la provincia de Corrientes. De hecho, en gran parte de las provincias argentinas, existen normas similares a la presente: Formosa, Misiones, Santiago del Estero, Córdoba, San Luís, Mendoza, Catamarca, Salta, Jujuy, La Pampa, Río Negro y Santa Cruz.

Sin embargo, el hecho que el máximo Tribunal de la República no censurara categóricamente el modo en cómo estaban reguladas tales facultades policiales, no impidió que el Estado argentino, sea condenado en dos ocasiones ante *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* perteneciente a la OEA y esté encaminada a una tercera condena.

La primera condena fue en el caso “Bulacio”. La *detención* —ocurrida en la Capital Federal el 19 de abril de 1991 por parte de la PFA— y posterior *muerte* de Walter Bulacio, aconteció en el marco de la aplicación del dec.-ley 333/58, ratificado por ley 14.467 —Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina— (35).

En aquella oportunidad, refirieron los representantes del Estado Argentino ante la Corte IDH: “A raíz de los hechos del caso... se derogaron los edictos policiales ‘en el ámbito territorial en el que sucedieron los hechos’.. fue sancionada la ley 23.950 (36), de conformidad con la cual

nidad de hacerlo en los autos “Vera” en el que la Corte, con el voto conjunto de los cinco ministros, se excusó de entender pues, al declararse la prescripción de la acción contravencional, entendió que “la decisión liberatoria acaecida en sede local tiene como efecto la desaparición de uno de los requisitos que, como el gravamen, condiciona la jurisdicción del Tribunal, obstando a cualquier consideración sobre la substancia del asunto debatido en la causa (CS, 642/2016/RH, “Vera, Lucas Abel s/ infracción art. 85 C.C.” del 05/09/2017).

(35) Este disponía, art. 5° “Son facultades de la Policía Federal para el cumplimiento de sus funciones: 1. Detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de veinticuatro [24] horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes”.

(36) Esta dispone: “Art. 1°.- Sustitúyese el inc. 1° del art. 5° del dec.-ley 333/58, ratificado por la ley 14.467, por el siguiente: Inc. 1°.- Fuera de los casos establecidos en el Cód. de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detener a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para

no podrá ser detenida una persona sin orden del juez competente, y el tiempo para establecer su identidad no excederá en ningún caso de diez horas; y hubo y siguen habiendo, a partir de 1991, reformas normativas que se dieron en las distintas provincias argentinas, ‘como parte de un proceso de adaptación de las normas a la realidad social’” (37).

De la sentencia de aquel Tribunal internacional surgen los siguientes estándares:

1) el poder estatal en esta materia no es ilimitado (consid. 124);

2) existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad (consid. 125);

3) en la persona que se encuentra en completa *indefensión*, surge un riesgo cierto de que se transgredan otros derechos (consid. 127);

4) es el Estado el obligado a crear las condiciones necesarias para que cualquier *recurso* a favor del detenido pueda tener resultados *efectivos* (consid. 127);

5) la *incomunicación* del detenido debe ser *excepcional* (consid. 127);

6) el detenido y quienes ejercen representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando esta se produce (consid. 128);

7) un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de *control judicial* debe ser liberado o puesto *inmediatamente* a disposición de un juez (consid. 129);

8) el detenido tiene también el derecho a *notificar* a una *tercera persona* que está bajo custodia del Estado;

9) es preciso que exista un *registro de detenidos* y el abogado defensor debe tener *acceso*

su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones” (sancionada el 29/05/1991).

(37) Alegatos del Estado, plasmados en el considerando 108 b) de la Sentencia “Bulacio”.

a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención (consid. 132);

10) los Estados partes se encuentran en la *obligación de adoptar* las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer *efectivos* los derechos y libertades protegidos por la Convención (consid. 141);

11) esta norma impone a los Estados Partes la obligación general de *adecuar su derecho interno* a las normas de la Convención (consid. 142);

12) el Estado debe *garantizar* que *no se repitan* hechos como los del presente caso (resolutorio 5).

La segunda condena fue en el caso “Torres Millacura”. La *detención* —ocurrida en la provincia de Chubut el 26 de septiembre de 2003 por parte de su fuerza provincial— y posterior *desaparición forzada* de Iván Eladio Torres Millacura, fue en el marco de la aplicación del art. 10, inc. b), de la ley 815 —“Ley Orgánica de Policía”— modificada mediante la ley 4123 (38) del año 1995.

Tal norma, sensiblemente superadora con relación a la que había modificado (39), no iba a impedir que la Argentina nuevamente incurriera en responsabilidad internacional por la aplicación de tales polémicas facultades policiales. Es de destacar que, en este caso, la Corte IDH no

(38) Esta disponía: “Para el ejercicio de la función... la policía de la Provincia del Chubut podrá... b) Demorar a la persona, que sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue a identificar, carezca de documentación o que la misma no constituya un documento identificatorio fehaciente, dando cuenta inmediata al juez de instrucción en turno. En todos los casos la orden provendrá del personal al Superior de la Institución y no podrá exceder las DIEZ [10] horas, debiendo asentarse en los registros policiales habilitados al efecto. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objetivo de la medida. Al demorado, se le hará saber el derecho que le asiste de notificar a un familiar o persona de su confianza, e informarle de su situación [...]. La actualmente vigente es la ley XIX N° 5 que se diferencia de la anterior en cuanto a que se debe avisar inmediatamente al Ministerio Público Fiscal —en vez del juez de instrucción en turno— y la demora no podrá exceder las seis [6] horas”.

(39) La anterior norma rigió en esa provincia desde 1970 hasta 1995 y era idéntica al actual art. 8° inc. t de dec.-ley 33/00 de Corrientes ya transcrito.

solo condenó a la Argentina porque la policía de Chubut no respetó el *procedimiento* establecido en la ley 815 (modificada por ley 4123) (40), sino también porque esa ley *en sí misma* transgredía los estándares de la Convención Americana (41).

El máximo órgano de aplicación de la CADH en el presente caso, además de *reiterar* consideraciones expuestas en “Bulacio”, como elemento a destacar dijo:

1) un *incorrecto actuar* de los agentes estatales representa una de las *principales amenazas* al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos (consid. 70);

2) una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una *privación a la libertad física* de la persona y, por lo tanto, debe ajustarse estrictamente a la Convención (consid. 76);

3) con el fin de garantizar la no repetición de violaciones de derechos humanos, la Corte considera importante *fortalecer* las capacidades institucionales del personal policial (consid. 173).

Como dijimos, la Argentina va encaminada a ser nuevamente condenada en el *Sistema Interamericano*, precisamente, por haber convalidado jurisprudencialmente el estándar menos protector de la libertad que legitima detenciones policiales practicadas sobre la base de la *mera actitud sospechosa* por oposición al que exige

(40) Consids. 75 y 76.

(41) 79. Por un lado, el Tribunal observa que el art. 10, inc. b), de la ley 815 vigente a la fecha de los hechos autorizaba a la policía de la provincia del Chubut a “[d]emorar”, esto es, a restringir la libertad física de cualquier persona cuyos antecedentes “[fuera] necesario conocer [...] en circunstancias que lo justif[icaran]”. Por lo tanto, esta disposición no precisaba concretamente los supuestos por los cuales los policías podían “demorar” a una persona con la finalidad de identificarla o averiguar sus antecedentes...”80. Para la Corte, al no establecer causas concretas por las cuales una persona podía ser privada de su libertad, el art. 10, inc. b) de la ley 815 permitió a los policías de la Provincia del Chubut interferir con la libertad física de las personas de forma imprevisible y, por lo tanto, arbitraria. Consecuentemente, la Corte considera que dicha disposición fue contraria a los arts. 7.3 y 2° de la Convención Americana.

*indicios vehementes de culpabilidad.* Así, la Comisión IDH, mediante el *Informe 5/12, Petición 12.315 del 19/03/2012*, declaró admisibles las peticiones formuladas en favor de *Carlos Alberto Fernández Prieto* y *Carlos Alejandro Tumbeiro* (42), en relación con las violaciones que se alegan, de los derechos reconocidos en los arts. 7º, 8º y 25, con relación al 1.1 y 2º de la Convención Americana.

Por cierto, al *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos* perteneciente a la ONU tampoco le es indiferente la problemática. Así, el *Comité de Derechos Humanos*, órgano que supervisa la aplicación del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (43), al emitir sus *Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina* (44), expresó: “17. El Comité reitera su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de *averiguar su identidad sin orden judicial* anterior y por un largo período de tiempo, sin que la persona detenida sea llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer un control judicial (art. 9º). 18. El Estado parte debe *tomar todas las medidas necesarias*, incluyendo medidas legislativas, con el fin de combatir eficazmente las detenciones no vinculadas a la comisión de un delito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9º del Pacto”.

Igualmente, el *Comité contra la Tortura*, órgano que supervisa la aplicación de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (45) al emitir sus *Observaciones Finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina* (46), expresó: “13. El Comité se muestra preocupado ante informaciones que dan cuenta de patrones de violencia y arbi-

(42) Vimos que la CS abandonó temporalmente el estándar más protector de la libertad, precisamente, en “Fernández Prieto” (CS, Fallos: 321:2947). Criterio que fuera ratificado, entre otros en “Tumbeiro” (CS, Fallos: 325:2485).

(43) Con jerarquía constitucional por conducto del art. 75 inc. 22, párr. 2º, CN.

(44) Aprobadas en su 117 período de sesiones (20 de junio a 15/07/2016).

(45) Con jerarquía constitucional por conducto del art. 75 inc. 22, párr. 2º, CN.

(46) Aprobadas en su 1537 sesión, celebrada el 10 de mayo de 2017.

trariedad por parte de las fuerzas de seguridad federales y provinciales en el marco de *detenciones policiales sin orden judicial*, particularmente de *jóvenes y menores* en situación de marginalidad social, que incluirían detenciones por averiguación de identidad y otras detenciones no vinculadas a conducta delictiva... dichos abusos incluirían tentativas de homicidio... desapariciones forzadas, así como actos de tortura...”

En conclusión, la denominada facultad policial de detención por averiguación de antecedentes, tal como está regulada en el art. 8º, inc. t) de la Ley Orgánica Policial (dec.-ley 33/2000) también es manifiestamente inconstitucional e inconvencional.

#### IV. Dificultades para testear constitucionalmente la normativa en cuestión

Como vimos, tanto el Cód. Contravencional como la Ley Orgánica Policial son inconstitucionales *en sí mismos* (47), sin embargo, son de difícil —cuando no imposible— control de constitucionalidad y convencionalidad.

A nuestro criterio, existen diversas razones que obstaculizan el testeo constitucional —convencional— de la normativa en cuestión. Tales son:

##### IV.1. Las condiciones de vulnerabilidad de los sujetos que padecen su aplicación

La Policía aplica la normativa en cuestión a *jóvenes que pertenecen a los sectores más carenciados de la sociedad* quienes —precisamente por esa circunstancia— se encuentran en mayores *condiciones de vulnerabilidad* como para hacer valer sus derechos.

En este sentido, Bidart Campos —con aguda sinceridad— señala: “Es siempre la identificación de los seres humanos por sus características externas: la barba, el cabello, la indumentaria, el arito, las zapatillas, los jeans, la musculosa... ¡Qué difícil resulta entender que las investigaciones no pueden tener base constitucional sino en actos u omisiones tipificadas como delitos o como

(47) Vale decir, sin necesidad de aplicación concreta.

contravenciones; jamás en los modos de vida o estilos personales que tanto gustan al derecho penal de autor para perseguir y reprimir!...” (48).

En análogo sentido, la Corte IDH en el aludido caso “Torres Millacura” señaló: “60. El Estado reconoció que en la Provincia del Chubut se cometían abusos policiales en perjuicio de *jóvenes de escasos recursos*... El Tribunal observa que en el peritaje rendido por la señora Sofía Tiscornia durante la audiencia pública, esta se refirió extensivamente al *‘hostigamiento permanente’ perpetrado por la policía* provincial en la Provincia del Chubut *con el amparo de normas contravencionales o para la averiguación de antecedentes o de identidad*. La perita sostuvo que ‘las normas que habilitan a la policía a detener reiteradamente [a las] personas pueden concluir... en muertes, torturas y, en este caso, en una desaparición’, *impactando a ‘los sectores más desprotegidos de la sociedad’*”.

Obviamente, la problemática expuesta no es ajena a las demás provincias argentinas. De hecho, vimos que el *Comité contra la Tortura* en sus Observaciones Finales para la Argentina da cuenta de este flagelo.

Es por ello que los *jóvenes que pertenecen a los sectores más carenciados de la sociedad* —precisamente por esa circunstancia— se encuentran en mayores *condiciones de vulnerabilidad* como para promover *remedios eficaces* tendientes a neutralizar afectaciones a sus derechos fundamentales.

#### IV.2. La ineficacia de los recursos que prevé la ley

Vimos que el recurso que prevé el *Cód. Contravencional* para cuestionar la decisión administrativa, aunque luzca como idóneo, *es ineficaz* pues no es obligatoria la asistencia letrada, no está prevista la comunicación a un tercero de la situación del presunto contraventor y el plazo para formularlo es sumamente exiguo (48 horas). Respecto a la *detención por averiguación de antecedentes*, dejando a salvo la acción de *hábeas corpus*, la ley —directamente— no prevé recurso alguno.

(48) BIDART CAMPOS, Germán J., “Lo nulo y lo válido en una causa por drogas”, ED 161-324-325.

#### IV.3. La dificultad de hallarnos frente a un “caso”

Asimismo, vimos que acertada doctrina señala que, en la medida en que nuestros tribunales no modifiquen su criterio acerca de cómo definir las llamadas “cuestiones abstractas”, difícilmente podrán ser cuestionadas ante la justicia pese a su muy dudoso sustento constitucional (49).

En efecto, quien lograse acceder a la justicia difícilmente obtendrá una *resolución de mérito* pues, al momento en que el juez está en condiciones de expedirse lo más probable que el caso se vuelva *abstracto*, sea por vencimiento del plazo para privar de libertad en el caso de una detención por *averiguación de antecedentes* (24 hs.) o, por el agotamiento de la pena impuesta en el caso de una *contravención* o, por el hecho de que la mera judicialización suele traducirse en la soltura del afectado (50) y si, en alguna oportunidad, algún juez ejerció tal control, lo hizo para el caso concreto, manteniéndose incólume la normativa en cuestión con los claros riesgos a los derechos fundamentales de sujetos en condiciones de vulnerabilidad.

(49) Aunque, recientemente, sobre esta cuestión dijo la CS: “Si dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones... es harto difícil que lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que estas conllevan sin haberse vuelto abstractas, corresponde establecer que resultan justificables aquellos casos susceptibles de repetición y se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio de la Corte Suprema sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro” (CS, “F. A. L.”, 13/03/2012, CS, Fallos: 335:197). También vimos que pese a tener oportunidad de expedirse sobre estas polémicas facultades la Corte en los autos “Vera” —sentencia del 05/09/2017— dejó pasar la oportunidad de expedirse recurriendo a su tradicional postura sobre la necesidad de “caso”.

(50) Lo que no debiera impedir que el juez se expida —aunque en los hechos ocurre— pues “12)... si las facultades policiales cuestionadas fueran inconstitucionales y se considerara que el levantamiento de la sanción torna insustancial el agravio, la legitimidad de la fuerte injerencia que ellas ya han producido sobre los derechos individuales quedaría fuera de la jurisdicción de la Corte, lo cual resultaría frustratorio de la misión que debe cumplir todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos” (CS, Fallos: 333:1891).

Más categórica es aún la ausencia de control judicial la circunstancia que, pese a los años de vigencia de la normativa en cuestión (18 del Cód. Contravencional y 17 de la Ley Orgánica de la Policía) (51), hasta la que pudimos indagar *nunca fueron declaradas inconstitucionales* (52) —o, al menos, controlada su constitucionalidad— en cuanto a la específica facultad policial de detener sin control judicial.

El sistema es *perverso*: aun cuando a diario se produjeran múltiples afectaciones a la libertad por la aplicación de la normativa en cuestión, el control judicial de tales facultades policiales es prácticamente *inexistente*.

#### IV.4. Posible solución

Lo expuesto evidencia que a fin de superar tales obstáculos resulta necesario promover acciones judiciales de *carácter colectivo* tendientes a neutralizar tales facultades policiales desmedidas. En efecto, existen distintos precedentes en este sentido. Así:

i) Se interpuso *acción de hábeas corpus*, por la amenaza actual, inminente y potencial que padecen *todos los niños, niñas y jóvenes del Departamento Judicial La Plata*, a partir del cercenamiento de su libertad ambulatoria, realizado con motivo de ilegales, arbitrarias e inconstitucionales figuras policiales que se llevan a cabo sin el debido control judicial del fuero especializado, consistentes en “contravenciones”; “detención por averiguación de identidad...” (53).

ii) Se interpuso *hábeas corpus colectivo preventivo* a favor de *los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y otros de la ciudad de Córdoba*, cuestionándose la constitucionalidad de los procedimientos policiales realizados en las zonas afectadas (54).

(51) En rigor, normas como las presentes nos acompañan desde los inicios de nuestra organización, utilizadas como una herramienta de control social.

(52) Constituyen valiosísimos precedentes las decisiones ya expuestas de los Juzgados de Instrucción de Curuzú Cuatiá y Paso de los libres en cuanto exigieron la asistencia letrada obligatoria en la instancia policial.

(53) JCont. Adm. N° 1, La Plata, res. 15918 del 30/10/2008 en autos “Defensoría Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil N° 16 s/ hábeas corpus”.

(54) Juez de Control de la Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, Auto Interlocutorio 202 del

iii) Se interpuso *hábeas corpus colectivo y preventivo* en tutela de los derechos de libertad ambulatoria de los *habitantes de la localidad de Coronada*, en cuanto mediante los procedimientos policiales denominados “operativos de saturación” se afectó el derecho de la libertad de aquellas, en barrios humildes y de personas jóvenes (55).

#### V. Conclusiones

Es indudable que tanto la normativa contravencional como la facultad policial de *detención por averiguación de antecedentes* deben ser reformuladas para ser compatibles con la Constitución Nacional y los tratados que tienen idéntica jerarquía. También es cierto que, por circunstancias que exceden el análisis de este trabajo, salvo contadas excepciones, tales normas han logrado sobrevivir en los distintos ordenamientos a lo largo del tiempo pese a su evidente inconstitucionalidad.

Asimismo, el paradigmático caso “Bulacio” provocó —a un poco más de un mes de su fallecimiento— la sanción por parte del Congreso de la Nación de una norma *tolerable* a la Constitución (56). A su vez, en Chubut —consecuencia o no del caso *Torres Millacura*— se mejoró nuevamente en la regulación de tales facultades (57) y,

20/05/2015 en autos “Hábeas corpus presentado por el Dr. Hugo Omar Saleme a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y otros”, expte. Sac. 2298821.

(55) Colegios de Cámaras de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, res. del 19/05/2016 en “Hábeas corpus colectivo y preventivo interpuesto por Dr. Miró (SPPDP) en favor de los habitantes de Coronada individualizado con la CUIJ 21-07004731-1 (con acumulado CUIJ 21-07004738-9 Hábeas corpus interpuesto por Dr. Miró en favor de Acebal y otros)”.

(56) Walter Bulacio falleció el 26 de abril de 1991 —con 17 años de edad (!)— y el Congreso Nacional —rápido de reflejos (!)— sancionó el 29 de mayo del mismo año la ley 23.950 por la cual reformulaba las polémicas facultades policiales. Por cierto, la ley fue promulgada recién el 4 de septiembre de aquel año pues el Poder Ejecutivo ejerció el veto y el Poder legislativo tuvo que insistir para darle vigencia.

(57) Iván Eladio Torres Millacura desapareció forzosamente el 3 de octubre de 2003. Vimos que la norma que rigió en esa provincia desde 1970 era idéntica al actual dec.-ley 33/00 de Corrientes. Esa norma fue modificada en 1995 por otra igualmente permisiva, pero con

honor a la verdad, otras entidades autonómicas la regulan de un modo *acceptable* (58). Sin embargo, la elevación a jerarquía nacional de diversos instrumentos internacionales que regulan la materia, las condenas y los dictámenes negativos de los organismos internacionales, no tuvieron la suficiente fuerza expansiva como para desterrear definitivamente de la mayoría de los ordenamientos argentinos tales facultades.

La tarea de adecuar las facultades policiales de detener sin orden judicial a nuestro paradigma constitucional corresponde, en primer lugar, a los poderes legisferantes —Legislativo y Ejecutivo— en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones; es claro que el diseño de las políticas públicas de seguridad corresponde a los poderes

la exigencia de dar cuenta inmediata al juez de instrucción en turno, que se cumplan una serie de recaudos y que no exceda de diez horas. En tanto que en año 2009 la norma mantuvo su fisonomía, pero se redujo el horario máximo de detención —a seis horas— y en cuanto al deber de dar aviso inmediato ahora es al Ministerio Público Fiscal.

(58) V.gr. en el régimen federal (ley 23.950) o en Santa Fe la Ley Orgánica Policial (ley 11.516, BO 01/12/1997) que regula la denominada detención por averiguación de identidad, por cierto, mucho más compatible con el bloque de constitucionalidad y, si se da por sentado que tales facultades policiales deben existir, indudablemente es una norma que debe ser tomada como modelo: Art. 10 bis. “Salvo los casos previstos por el Cód. de Procedimiento Penal, la Policía no podrá detener o restringir la libertad corporal de las personas sino por orden de autoridad competente. Solo cuando hubiere sospecha o indicios ciertos respecto de personas, que pudieran relacionarse con la preparación o comisión de un hecho ilícito, podrán ser demorados en el lugar o en dependencia policial hasta tanto se constate su identidad. En este caso, la demora no podrá exceder las seis [6] horas corridas y en el transcurso de las cuales, los que sean trasladados a dependencias policiales, no podrán ser alojados en lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones y tendrán derecho a hacer una llamada telefónica tendiente a plantear su situación y a los fines de colaborar en su individualización e identidad personal. En la primera actuación policial se impondrá a la persona demorada de sus derechos y garantías, no será incomunicada y se labrará de inmediato, acta individual o colectiva, en la que constará la causa de la demora, fecha y hora de la medida, debiendo ser firmada por el funcionario actuante, por el demorado y dos [2] testigos que hubieren presenciado el procedimiento si los hubiere, con entrega de las copias respectivas a los interesados”.

políticos por antonomasia. Sin embargo, la CS advirtió que “ese principio encuentra un límite precisamente cuando las políticas implementadas violan derechos fundamentales” (59).

Asimismo, la Comisión IDH ha señalado la importancia de que “los Estados, y en particular los jueces, cumplan con la obligación de aplicar los tratados internacionales, adaptando su legislación, o dictando resoluciones que cumplan con los estándares fijados por los tratados de Derechos Humanos” (60).

En análogo sentido dijo la Corte IDH: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (61). Incluso, la Corte entendió que ese control debe hacerse *de oficio* (62).

Es por ello que, si los poderes Ejecutivo y Legislativo no adecuan la legislación interna a los estándares internacionales, cuyo incumplimiento eventualmente acarreará responsabilidad internacional, es el Poder Judicial el que debe enmendar la situación y hacer operativo el derecho internacional de los derechos humanos más allá que es una manda que viene desde la Constitución de 1853/60.

La solución que se propicia no es la ideal en nuestro esquema de organización política pero sí es jurídicamente posible y correcta; es que el Poder Judicial es el último bastión del individuo frente al poder del Estado. ♦

(59) Del Dictamen de la Procuradora General en autos 713 T.XLVI, “Gutiérrez, Alejandro s/ hábeas corpus”, sentencia de CS del 19/02/2015.

(60) Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión IDH.

(61) Corte IDH, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, caso “Almonacid Arellano y otros c. Chile”.

(62) Corte IDH, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”, entre otros.