

# EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD: UN GRAN GUION QUE REQUIERE DE BUENOS ACTORES

Adrián N. MARTÍN <sup>1</sup>

## I. Introducción

Las garantías procesales han sido materia de regulación en todas las Constituciones de tradición liberal. La necesidad de establecer reglas que limiten el ejercicio abusivo del poder por parte de los gobernantes, ha sido una constante de aquellas primeras Constituciones liberales. La tradición constitucional argentina adoptó esa perspectiva política, al menos en lo que hace a sus regulaciones constitucionales. Es así que la Nación, y también los Estados de la federación, han dictado Constituciones incluyendo en ella disposiciones sobre garantías procesales y, en particular, con relación a los límites a la aplicación de poder punitivo.

No es éste el espacio para hacer un recorrido histórico de esas disposiciones, pero sí es pertinente destacar que las reglas constitucionales han sido más amplias o expresas en las creaciones o modificaciones de fines del siglo pasado. Es un dato observable que las Constituciones que fueron modificadas (o creadas como ocurre con la Ciudad Autónoma) hace menos de cuarenta años, poseen definiciones mucho más explícitas y extensas de esas garantías, que aquellas del siglo XIX.

Sin dudas, la Constitución de la Ciudad Autónoma tiene, en su art. 13, una de las regulaciones más amplias y abarcativas de la Nación. Es posible que las razones de ello se deban a la impronta más moderna consistente en regular más cantidad de institutos, o de forma más clara, a nivel supralegal. Pero, también, sin ningún

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Penal (USAL, 2016), Magíster en Criminología (UNLZ, 2008), Especialización en Derecho Penal (UP; 2006); Prof. titular asociado en el área Derecho Penal y Procesal Penal (UNPAZ), Prof. adjunto -int.- Derecho Penal y Procesal Penal (UBA), Prof. titular de la Especialización en magistratura (ESJ-UNLM); Juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; Presidente de la Asociación Pensamiento Penal (APP). [anm1973@gmail.com](mailto:anm1973@gmail.com).

lugar a dudas, en el caso del art. 13 de la Constitución de la Ciudad esas regulaciones se deben a la preocupación que tenían los constituyentes respecto de determinada cantidad de leyes y prácticas que se verificaban, aun después de la reforma constitucional nacional de 1994.

El debate constituyente deja a las claras estas preocupaciones. En él, las intervenciones de los constituyentes Zaffaroni, Rodríguez, Garré, Castells, Santa María, entre muchos otros, son de una gran valía para interpretar el alcance de la cláusula del art. 13.

Esta cláusula tiene como eje vertebral la búsqueda de establecer una adecuada protección de la libertad personal, en línea con lo establecido por el art. 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es claro que los doce incisos del artículo en comentario no sólo tienen en mira la libertad ambulatoria, pero ese derecho -habitualmente vulnerado- es condición de posibilidad de numerosas otras injerencias en los derechos individuales.

Es así que el artículo 13 establece, inicialmente, que la Ciudad “garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas”, y, correlativamente que los funcionarios se deben atener en forma *estricta* a las reglas que en los doce numerales siguientes se enumeran.

## II. La red de garantías

Los doce numerales del artículo del comentario poseen una fuerza de especial relevancia si se los considera en forma particular, pero cuando se los concibe como una red de protección de derechos, adquieren una inusitada potencialidad.

El *primero* de ellos indica que “*nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez*”. Esta regulación estuvo presente a nivel constitucional desde 1853. Ciertamente es que la Constitución Nacional no establece en el art. 18 la excepción del caso flagrante, pero se deriva sin dudas del art. 68, que permite esa clase de detenciones a personas que poseerían una inmunidad más amplia contra injerencias estatales por cumplir la función legislativa.

Sin embargo, las normas y, en especial, las prácticas policiales que consideraron con preocupación los constituyentes locales, los llevaron a agregar otras cláusulas. Sobre ese conjunto de disposi-

ciones, volveré inmediatamente, pero basta aquí hacer recordar al lector que desde finales del siglo XIX se extendieron en todo el país disposiciones que facultaban -y aún autorizan- a la policía a detener personas por hechos, o meras situaciones, que no constituyen delitos. Respecto de estas cuestiones los convencionales constituyentes se extendieron largamente en el debate, y es posible considerar que ellas articularon en buena medida una suerte de red de protección. De tal manera, las disposiciones del artículo de comentario, no pueden leerse sino en una activa interrelación.

A continuación, analizaré brevemente cada una de ellas, pero siempre con la mirada puesta en las distintas formas en que cada una considera el mismo problema. En tal sentido, y siguiendo el orden dado en el texto, otra de las disposiciones que conforman esa red contra las detenciones ilegales y arbitrarias, es la establecida en el *segundo* numeral que señala que “*los documentos que acrediten identidad personal no pueden ser retenidos*”. No es ésta una disposición menor si se la correlaciona, no sólo con la larga tradición de fraude electoral de fines del siglo XIX y principio del siglo pasado, sino además con las prácticas fuertemente instaladas en la última dictadura cívico-militar respecto de la necesidad de salir a la calle con documento que acredite la identidad de las personas.

La continuidad de estas últimas prácticas policiales, sostenidas en leyes que aún habilitan a la policía a requerir documentos, será motivo de algunas reflexiones adicionales luego, pero es posible destacar aquí que la contracara de la disposición constitucional es que, el acreditar la identidad, es sólo una obligación de los habitantes de la ciudad si desean ejercer algún derecho expresamente regulado, y no el común y general ejercicio de la libertad ambulatoria. No hay dudas de que será necesario acreditar la identidad si lo que pretende el habitante es ingresar a algún sitio de acceso restringido, o realizar alguna actividad regulada, como la de conducir vehículos. Sin embargo, la mayor y más problemática situación, donde la agencia policial suele exigir acreditar identidad, es la de caminar. Para decirlo con más claridad, la de caminar por determinados lugares, por parte de determinadas personas que, a su vez, cuentan con determinadas características fisonómicas, etarias, de género y de situación económica. Es un observable innegable que la agencia policial, en el uso de esta pretendida facultad, lleva las características de selectividad del sistema penal, a su máxima arbitrariedad.

El *tercero* de dichos incisos contiene, aunque en forma algo más indirecta nuevas disposiciones que protegen la libertad personal. Allí se consigna que “*rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad*”, agregando que “*son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos*”.

No existe posibilidad de cumplir con el principio de legalidad, lesividad y determinación, si se habilitan las prácticas de detención policial por situaciones distintas a conductas -adecuada y detalladamente descritas- que lesionen los derechos de un tercero. Sólo ante esa descripción de un hecho ilícito -previamente definido como tal en la ley- es posible la defensa en juicio, con acusación de un fiscal y ante un juez imparcial, en un juicio oral y público que garantice la intermediación del juzgador con la prueba.

La referencia a que estas disposiciones conforman una red articulada se advierte nuevamente al analizar la siguiente disposición. Obsérvese que si no se cumpliera con las condiciones previstas en el inciso tercero, tampoco se podría cumplir con la garantía contenida en la *cuarta* disposición del art. 13.

Ese inciso establece que “*toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten*”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en la importancia de esa clase de regulaciones para prevenir detenciones ilegales y arbitrarias. En diversos pronunciamientos ha sostenido que exigir que la imputación sea informada en el momento de la detención, resulta central no sólo porque implica no afectar los derechos que posee quien es privado de libertad, sino también porque imponiendo esa práctica para la agencia policial, ella se constituye en un mecanismo idóneo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias.

Evidente es, entonces, que si la imputación debe basarse en conductas, que además estuvieran descritas en la ley como ilícitas, y que debieron lesionar o poner en peligro un bien jurídico de un tercero, no sería posible -al menos, desde la perspectiva de la Constitución política- la existencia de ciertas prácticas policiales.

Por si fuera necesario aclararlo, es pertinente destacar que aquellas prácticas policiales que los constituyentes tuvieron en miras, no se acotaban en las referidas detenciones, sino que éstas se cons-

tituían como condición de posibilidad de otras violaciones de derechos. Era habitual, y aceptado judicialmente hasta la última década del siglo pasado, que personal policial interrogara a personas detenidas y que ellas, atravesadas por una inspiración ciudadana o religiosa, decidieran *libre y voluntariamente* renunciar al derecho a la defensa en juicio. Llamativamente no llamaba la atención de los operadores judiciales que una persona detenida por la policía además de reconocer la imputación que le era formulada, a veces, *necesitara confesar* otros delitos que ni siquiera estaban siendo investigados por el Estado. La afinidad de estas situaciones con las prácticas de torturas y violaciones de otros derechos humanos, era evidente para todos, menos para la mayoría del sistema judicial que consideraba estas manifestaciones como *declaraciones espontáneas*.

Sólo algunas decisiones judiciales, que incluso debieron ser resueltas definitivamente en la CSJN, avanzaron sobre la característica ilícita de esas prácticas institucionales.

Una primera reacción normativa contra esas prácticas, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires como capital de la República, recién en el Código Procesal Penal de la Nación de 1992 (ley 23.984), una regulación en extremo casuística, tendiente a afirmar la prohibición de las fuerzas de seguridad de recibir declaraciones de personas imputadas <sup>2</sup>.

Como forma de reafirmar estos derechos, la Constitución de la Ciudad también incluyó otra exigencia convencional. Así, la *sexta* cláusula del artículo estipula que “*ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere*”. Esta regulación es una evidente derivación de las anteriores pero las prácticas de incomunicación -legalmente dispuestas o decididas, de hecho- les

---

2 En la redacción original del código procesal referido, el art. 184 inc. 10 establecía: “No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento. Si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, o éste manifestara su deseo de hacerlo, y el juez a quien corresponda intervenir en el asunto no estuviere próximo, se arbitrarán los medios para que su declaración sea recibida por cualquier juez que posea su misma competencia y materia”.

mostraban a los constituyentes la necesidad de hacer expresa esa garantía. Ello también está expresamente referido en numerosas resoluciones de la Corte IDH.

El *séptimo* numeral amplía las exigencias del art. 18 de la Constitución Nacional respecto de las condiciones materiales que deben asegurarse para una privación de libertad. Este trabajo no tiene ese eje como objeto de comentario, pero no es posible dejar de señalar que esta disposición constitucional sigue siendo una gran deuda pendiente de la Ciudad y del país. Las cárceles provinciales y las federales -en las que, al menos por ahora, la Ciudad aloja detenidos- poseen innumerable cantidad de denuncias de organismos nacionales e internacionales por incumplimiento de los derechos individuales más básicos, como los expresamente indicados en este séptimo inciso del art. 13. En efecto, la regulación constitucional que establece que se debe “*asegurar a todo detenido la alimentación, la higiene, el cubaje de aire, la privacidad, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral*” y “*disponer las medidas pertinentes cuando se trate de personas con necesidades especiales*”, no pasa, en muchísimos, casos de ser tomada como una mera expresión de deseos. Las observaciones de la Procuración Penitenciaria Nacional y de numerosas organizaciones no gubernamentales como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Pensamiento Penal (APP) y la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) dan cuenta de ello.

El hecho de que el eje vertebral de este trabajo no pase por ese tópico, no me impide señalar que sería necesario avanzar con regulaciones y monitoreos para afianzar la imposibilidad de superar los cupos que tienen habilitados las unidades de detención, y que esa cantidad de plazas no se consideren por la mera existencia de metros cuadrados sobre los que se puede estirar un colchón o, peor aun, sólo un cuerpo, sino sobre la cantidad de personas que pueden recibir los servicios de salud, educación, alimentación, esparcimiento y trabajo, en cantidad y calidad adecuada.

La regulación del inciso *octavo* que señala que “*el allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, sólo pueden ser ordenados por el juez competente*”, tiene gran similitud con su par nacional pero, asociada a la del inciso tercero, que establece la obligatoriedad del sistema acusatorio, le asigna un sentido mucho más valioso en términos de protección de derechos ya que las ga-

rantías del control de esas injerencias no podrán estar en cabeza de la misma persona que las pretende. Las prácticas procesales de un sistema inquisitivo mitigado que aún rigen en la Justicia nacional y federal, desdibujan parte de esas garantías.

El *noveno* inciso es de gran importancia, sobre todo por las implicancias que conlleva, y por su novedosa redacción. Coherente con las preocupaciones de los constituyentes que he venido anticipando en el trabajo, se dispone que *“se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos”*.

Esta descripción del principio de lesividad no ha sido establecida, de esa forma, en ninguna de las otras disposiciones constitucionales del país. Su claridad y fuerza normativa es, tal vez, insuperable. Sin embargo, la opuesta fuerza de la tradición en pugna con el Estado de Derecho no ha permitido aún que esta garantía pueda considerarse mínimamente asegurada.

Es esclarecedor el pasaje del convencional Zaffaroni sobre este punto. Allí sostuvo sobre las tres reglas de la disposición que *“...la tercera prohibición es una reiteración en otros términos del contenido del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. La primera y la segunda, es decir, la erradicación y la prohibición de la peligrosidad sin delito y del derecho penal de autor, creo que es la primera vez que aparece expresada en forma tan precisa y técnica en el texto de una Constitución. Considero que son dos formas aberrantes de derecho penal autoritario, que responden a dos momentos distintos: la primera es una manifestación de derecho penal autoritario nutrida de un materialismo burdo y primitivo, propio del positivismo peligrosista y mecanicista, y la otra es producto de una espiritualización que busca como garante al pobre Aristóteles, porque está muerto y no puede contestar... una es la que responde a la concepción del infractor como el virus nocivo que hay que expulsar del cuerpo social -una manifestación totalmente biologista y organicista de la sociedad-, mientras que la otra es la que intenta penar a una persona no por lo que hizo, por el daño que ha causado, por el peligro que ha provocado ni por los derechos que ha lesionado o puesto en peligro, sino por lo que la persona es. Son dos formas de derecho penal autoritario, y que cada una, a su manera, trata de enloquecer jueces, por lo que si los jueces la aplican, evidentemente han enloquecido,*

porque quien apela a un derecho penal de peligrosidad es un juez que tiene un complejo de leucocito, mientras que el que apela a un derecho penal de autor es un juez que se cree Dios; en los dos casos son más materia psiquiátrica que de tratamiento racional dentro de un ámbito judicial”.

Muestra de la extensa coincidencia sobre la intención constituyente es que los convencionales que hablaron en ese debate coincidieron fuertemente con la disposición de este apartado, y pensaron no sólo en los edictos a los que le extendían ya el certificado de defunción, sino también en las futuras disposiciones legales de la nueva ciudad.

La constituyente Lubertino sostuvo, en tal sentido, que “...los jueces de faltas y contravencionales a quienes acabamos de facultar por la norma del artículo anterior para intervenir en estos casos deberán declarar la inconstitucionalidad de estos edictos en esta etapa de transición en todos los casos en que se pretenda aplicar alguna de las normas consagradas en estos edictos que impliquen peligrosidad sin delito, manifestación del derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos. Además, esta norma también supone que ese futuro código contravencional o de faltas no podrá incluir en modo alguno figuras de estas características”.

El inciso *décimo*, establece el derecho a indemnización por error judicial. Así señala que “*toda persona condenada por sentencia firme en virtud de error judicial tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley*”. Ello plantea cuestiones algo más ajenas al núcleo central de este trabajo, pero que vale la pena señalar someramente. El mayor problema para los derechos individuales que presentan los sistemas judiciales, en cuanto a privaciones de derechos no compensados, no se encuentra en la existencia de sentencias firmes luego modificadas, sino en la enorme cantidad de privaciones de libertad bajo el rótulo de medida cautelar que se evidencian como innecesarias o que, incluso, se dispusieron sin los elementos de convicción mínimos que garanticen la solidez de la imputación. Éste es un aspecto pendiente en términos de protección individual contra la extendida violación de derechos.

El inciso *onceavo* procura abordar ese tópico para un conjunto aparentemente acotado de casos: los supuestos de imputaciones por procesos contravencionales.

Ese inciso establece que “*en materia contravencional no rige la detención preventiva. En caso de hecho que produzca daño o peligro*



*que hiciere necesaria la aprehensión, la persona debe ser conducida directa e inmediatamente ante el juez competente".* Por su parte, el inciso siguiente estipula que *"cuando el contraventor, por su estado, no pudiere estar en libertad, debe ser derivado a un establecimiento asistencial"*.

Como se ve, de la simple lectura de los doce incisos del artículo se advierten superposiciones, o formas de regular o proteger el mismo derecho de formas distintas o, con variadas garantías.

Me centraré a continuación en una de las principales preocupaciones de los constituyentes que, por cierto, aún posee marcada vigencia como forma de violación de la libertad ambulatoria.

### **III. De la preocupación por los edictos a las facultades implícitas del caso "Vera"**

De las enumeraciones realizadas en el apartado anterior, cabe aquí detenernos en primer término en el debate que se dio con relación al anteúltimo inciso. Éste había sido redactado por la comisión sin el agregado de la última frase. Se añadió en el debate que la aprehensión sólo podía habilitarse en el caso de que el hecho produjera un daño o un peligro que la tornasen imprescindible.

Sobre ello varios constituyentes consideraron que el añadido no era superfluo, y que aunque podría considerarse incluido en la primera frase, la historia de las prácticas policiales lo hacían necesario. Nuevamente emergen en el debate, y con suma claridad, las prácticas que se pretendían combatir.

Así es que Lubertino sostuvo que "...a partir del requerimiento de algunos de los señores convencionales hemos acordado una fórmula que explicita la posibilidad para la Policía Federal de aprehender a un presunto infractor en caso de un hecho peligroso o que genere daño y que la persona aprehendida sea llevada en forma inmediata al juez sin que medie detención en comisaría, creemos que la norma, la regla general, sigue siendo clara en el sentido de que queda derogada en materia contravencional la detención preventiva, y que esta mención que se va a formular y que acompañaremos unánimemente..., es sólo la explicitación del principio de coacción de la policía, que le permite intervenir en estos casos cuando se está ante un hecho peligroso o que genere un daño".

Por su parte, y con la intención de dejar claro qué implicaba este acuerdo constituyente sobre la facultad de aprehensión, Zaffaroni

explicó que se aceptaba que se complementara el inciso ya que “ella no es contradictoria con la prohibición de la detención preventiva, porque ésta es una medida de carácter procesal penal que tiene por objeto asegurar el comparendo del infractor ante el juez para que no burle la acción de la Justicia”, en cambio, “la aprehensión en razón de la necesidad que imponga el peligro es una manifestación de coacción directa”. Así agregó que “la fórmula habla de la aprehensión que se hiciera necesaria; es decir, no basta un daño o un peligro sino que ese daño o ese peligro debe hacer necesaria la aprehensión para detenerlo, para pararlo, para evitar que continúe”.

Sin dudas la grave afectación a los derechos de las personas que implicaba la existencia de los edictos policiales en la Ciudad, y las prácticas policiales que esas normas habilitaban, fueron un objeto de central preocupación en la Asamblea Constituyente.

Con relación a esa cuestión, los constituyentes decidieron no solamente disponer estas limitaciones constitucionales, sino además establecer un plazo de caducidad para los edictos policiales. En la disposición transitoria *décimo segunda* de la Constitución, se dispuso que “*La Justicia Contravencional y de Faltas será competente para conocer en el juzgamiento de todas las contravenciones tipificadas en leyes nacionales y otras normas aplicables en el ámbito local, cesando toda competencia jurisdiccional que las normas vigentes asignen a cualquier otra autoridad*”, logrando así quitarle toda posibilidad de que continuara siendo la agencia policial la que juzgaba en materia contravencional, dejando al sistema judicial sólo las apelaciones que las prácticas policiales les permitían llegar.

Esa disposición transitoria, también declaró que “*se limitará a la aplicación de las normas vigentes en materia contravencional, conforme a los principios y garantías de fondo y procesales establecidos en la Constitución Nacional y en esta Constitución, en la medida en que sean compatibles con los mismos*”, y con una gran claridad sobre las dificultades institucionales para superar tradiciones, estableció que “*la primera Legislatura de la Ciudad, dentro de los tres meses de constituida, sancionará un Código Contravencional que contenga las disposiciones de fondo en la materia y las procesales de ésta y de faltas, con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución Nacional, los instrumentos mencionados en el inciso 22 del artículo 75 de la misma y en el presente texto*”, agregando que “sancionado dicho Código o vencido el plazo fijado, que es improrrogable, todas las normas contravencionales quedarán derogadas”.

Probablemente, sin esta última frase, no se hubiesen dictado las leyes 10 y 12 en el plazo en que se lo requería y, por mucho tiempo más -quizás aún hoy- seguirían rigiendo aquellos edictos policiales que permitían las injerencias más arbitrarias en la vida de las personas.

Recordemos que los edictos permitían detener por varios días a quienes se veían incurso en situaciones que no implicaban ninguna conducta -lesionando el principio de exterioridad para habilitar poder punitivo-, o a quienes realizaban conductas que no afectaban los derechos de ninguna persona -vulnerando el principio de lesividad-, o a quienes desarrollaban acciones que la autoridad policial decidía que ingresaban en la descripción de tipos tan abiertos, vagos e indeterminados que no era posible saber de antemano el ámbito de lo prohibido -afectando seriamente el principio de legalidad-, entre otras.

Las propias palabras de los constituyentes permiten entender qué se debatió en la asamblea y cuál era el alcance de la preocupación por la situación jurídica de la Ciudad. Así, sobre los edictos el constituyente Santa María sostuvo que "...los llamados edictos policiales es que constituyen la expresión de una cultura de sospecha que tuvo su apogeo en las pasadas dictaduras militares; una cultura de sospecha que debemos comenzar a erradicar de una vez por todas porque va en contra de la presunción de inocencia, que es un principio fundamental del derecho, y porque implica una práctica cotidiana de la exclusión social. En un sistema democrático, los únicos que pueden juzgar son los jueces correspondientes. El cuestionamiento que hacemos de los edictos se justifica especialmente en que traen aparejada una serie de prácticas semejantes a la inquisición, en donde el acusador era, al mismo tiempo, el que juzgaba y tenía la posibilidad de establecer la culpabilidad, la cual simplemente se le notificaba al acusado".

Zaffaroni destacó que "...los edictos no eran una cuestión aislada sino que formaban parte de un plan de control social autoritario y disciplinante. Es el plan que diseñó el roquismo cuando estableció este modelo de Estado centralizado y autoritario y, por ende, tuvo que ejercer el máximo de autoritarismo en esta ciudad, por lo que la Ciudad se federalizó y perdió su autonomía. Más o menos contemporáneos a los edictos son la pena de muerte, el abuso de la prisión preventiva, el abuso de las penas cortas, la apertura del penal de Ushuaia para los multirreincidentes, la ley de residencia para echar

a los extranjeros y a los marginales indeseables, la manicomialización y los edictos”.

La convencional Nilda Garré añadió en el discurso inserto en el debate que “...muchos edictos instituyen figuras como la de ‘quien merodea’ y ‘es profesional del delito’ o es ‘vago habitual’ -categorías no definidas por el Código Penal-, y al hacerlo establecen verdaderas características de autor sobre la base de su modo de vida, de cómo son y no de lo que han hecho, propios de un derecho penal de autor totalmente antidemocrático y vulnerador del principio de culpabilidad. Por otra parte, en general, llevan a la represión de actos meramente preparatorios, en abierta violación del principio de ejecución afirmado por el artículo 42 del Código Penal, que tiene su antecedente en el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional. Esto se consolida como una verdadera represión de la peligrosidad predelictual que, a excepción de Ferri -bajo el régimen de Mussolini-, ningún jurista, por positivista que fuera, jamás admitió que fueran aplicadas policíalmente. La ilegitimidad constitucional de la delegación de funciones de legislar, poniendo en manos del Jefe de la Policía Federal la potestad de dictar los edictos policiales, y de juzgar y hacer aplicación de ellos, se advierte en plenitud cuando se procede a analizar el catálogo de faltas policiales vigentes. Desmenuzar el sistema establecido por los edictos es fundamental a efectos de comprender la dimensión y la gravedad de su existencia...”.

Sin dudas, esas habilitaciones de poder punitivo permitían, además, seleccionar quiénes serían los *sospechosos de siempre* que, casualmente, eran los que molestaban a las miradas moralizantes y, sobre todo, realizaban actividades lucrativas en la vía pública. Asegurar una moral en lo explícito, y buscar, coactivamente, compartir los ingresos informales en lo no declarado, eran las razones que empujaban a cientos de miles de personas por año a las celdas de las comisarías de la Ciudad.

Desde el año 1998 la situación cambió diametralmente. La ley 10 definió una serie de tipos penales que, según pretendía en su parte general, no habilitaban sanciones sino por daños o peligros a bienes jurídicos. Cierto es que los tipos contravencionales no siempre cumplían esta promesa. Sin embargo, la exigencia de sólo permitir una detención cuando mediaba un incumplimiento en la orden de cesar en la conducta ilícita y, además se contaba en el momento con la orden de un fiscal y la convalidación judicial, llevó a que la cantidad

de encarcelados se redujera prácticamente a cero. Ello, sumado al abanico de sanciones que autorizaba la ley, hizo que el arresto preventivo no existiera sino en casos indispensables para hacer cesar la contravención, y que los encarcelamientos casi no se aplicaran como pena, prefiriéndose otras formas de reacción legal como los apercibimientos, las reparaciones, la disposición de instrucciones especiales, la prohibición de concurrencia a determinados lugares y, por último, los trabajos de utilidad pública y las multas.

Sin embargo, las leyes no limitan de por sí los cauces de agua que buscan llegar al río. Es necesario establecer dispositivos institucionales más fuertes para modificar tradiciones que hunden sus raíces tantos siglos atrás. La impronta punitiva llevó a que la ley 10 fue modificada casi inmediatamente para poder cumplir con la demanda moralizante de algunos sectores que consideraban aceptable la prostitución en domicilios privados, y que tampoco se escandalizaban por las exhibiciones de mujeres cosificándolas en un sentido claramente sexual en la televisión abierta; pero que veían horrorizados que un grupo de personas se parara en una esquina -muchas veces más vestidas que en los programas televisivos- ofreciendo realizar actos con contenido sexual a cambio de dinero. En definitiva, ya a partir de la ley 42, y luego con la ley 162, se decidió penalizar el ejercicio de la prostitución de los sectores más vulnerables, la prostitución que se ofrece en la vía pública.

En agosto de 2004 se dictó la ley 1472 que sustituyó en su totalidad el código contravencional vigente -y varias veces reformado- por uno que se alejaba definitivamente de aquella idea original de buscar establecer normas de convivencia. Este nuevo código, que algunos definieron como un *código penal enano*, ampliaba la punición de casos sin ninguna clase de peligro para bienes jurídicos, establecía la figura de la reincidencia como forma de agravar penas, instauraba como únicas penas principales al arresto, los trabajos de utilidad pública y la multa, entre muchas otras modificaciones sustanciales a aquella ley 10.

Cierto es que, aún con la vigencia de la ley 1472, la situación sigue siendo diametralmente distinta que con la aplicación de los edictos policiales. No hay dudas de que, aun cuando la Justicia contravencional ha dirigido la mayor parte de su trabajo a perseguir a vendedores ambulantes, personas que ejercen la prostitución, y recicladores urbanos informales, la visibilización de los casos y la ausencia de arrestos permiten considerar a la Constitución de la

Ciudad en un hito ante aquellas graves violaciones de derechos humanos. Es la parte del vaso que puede verse medio llena.

La tradicional selectividad de los sistemas punitivos se halla en la otra mitad del vaso. Las dos primeras décadas de vigencia de la Justicia contravencional están atravesadas por la persecución a los sectores más vulnerables de la población que procuran obtener un ingreso informal, mediante actividades precarias en la vía pública, o bien, tratar de obstaculizar o impedir la protesta social. Los abordajes sobre conductas que afectan o ponen el peligro bienes jurídicos de mayor entidad no son las líneas de trabajo que definen el funcionamiento de ese sistema judicial.

En definitiva, trabajar en favor del avance en la protección de derechos de los sectores vulnerables, que eran los habitualmente acosados por la agencia policial en la época de los edictos, no fue una decisión sostenida por el Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, la penalización de conductas ilícitas de organizadores de espectáculos deportivos o artísticos masivos no han sido el objeto central de trabajo del sistema contravencional, tampoco ha sido central el abordaje sobre las formas en que la propia Administración Pública discrimina a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, ni mucho menos cómo algunas acciones de diversas fábricas o empresas constituyen ilícitos que afectan de forma diversa la limpieza de la Ciudad y, en especial, sus aguas. Por otro lado, el abordaje de las situaciones de explotación laboral tampoco ha sido más que expresión de una espasmódica actividad judicial, sin una política institucional definida.

Pero la mitad del vaso vacío está aun más marcada por otra actividad policial, que no sólo no se disminuyó, sino que se acrecentó con la legislación contravencional. Las policías provinciales y la agencia federal han tenido históricamente la facultad legal de detener personas para *averiguar sus antecedentes*.

En el ámbito de la ciudad esa facultad estuvo regulada hasta el año 1991 por el art. 5.3 del decreto ley 333/58 que autorizaba a "... detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de 24 horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes".

A partir del año 1991, como consecuencia de la muerte de Walter Bulacio -que había sido detenido en una razzia con otras setenta personas- se dictó la ley 23.950 que pretendió, de forma algo confusa, limitar esa facultad policial. Esa ley modificó aquella otra dispo-

sición y facultó a la agencia policial a que "...fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detenerse a 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 acreditare 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 término 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 su identificación no podrán ser alojadas junto ni en lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones".

Respecto de la norma dijo Alejandro CARRIÓ<sup>3</sup> que en comparación con el régimen anterior implicaba un paso adelante, ya que no podría ser detenido en los términos de esa norma quien tuviera en su poder el documento de identidad y que, además, es requisito legal que existan razones que hagan presumir la comisión de un delito o contravención. Respecto de estas causales, el autor señaló que la disposición "*ofrece algunas dudas*", las que radican a su criterio en el lenguaje utilizado para comprender a las situaciones de que "*pudiese cometer*". Ante ello precisó que "[e]n abstracto, es claro que todos los habitantes estamos en esa situación", por lo que consideró que "será de suma importancia que los tribunales exijan, llegado el caso, que el policía que cumplió la detención identifique cuáles fueron las 'circunstancias debidamente fundadas' que lo llevaron a presumir que se estaba ante la inminencia de la comisión de un hecho ilícito"<sup>4</sup>.

Vinculado a ello, y a las preocupaciones constituyentes ya mencionadas, corresponde destacar que la Policía Federal Argentina, hasta el año 1998 contó con la facultad de detener personas por transgresiones a los edictos policiales. Tal normativa prohibía con fórmulas vagas conductas que de ninguna forma implicaban lesiones a los derechos de un tercero sino que eran verdaderas normas habilitantes

---

3 CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Hammurabi, 1994, p. 130.

4 CARRIÓ, A., op. cit., p. 135.

para que la agencia policial realizara control poblacional y, además, se prestaban a actos de corrupción. Estas detenciones en el año 1992 alcanzaron esa cifra de 35.350 personas, elevándose paulatinamente hasta alcanzar en el año 1994 los 135.038 casos; en el año 1995, 150.830; en 1996, 153.476 y en 1997, un número similar. Se detalló al respecto que en un informe remitido por la Policía Federal al Ministerio del Interior se resaltó lo siguiente “detenidos por contravenciones: para contener la marginalidad y el estado predelictual, se apeló a las contravenciones, con un récord histórico de detenidos (150.830 durante 1995) y en el 96 se mantienen esos valores”<sup>5</sup>.

Como señalé, paralelamente, la agencia policial también contaba hasta el año 1991 con la facultad de detener para “*averiguar los antecedentes*” de cualquier persona en tanto existieran “*causas justificadas*” (decreto ley 333/58) y, desde ese año, para establecer identidad en los ambiguos supuestos ya mencionados (ley 23.950). Las detenciones alegando estos motivos fueron entre 1995 y 1997 cercanas a los 53.000 casos por año, subiendo considerablemente en 1998 a 69.029 y ascendiendo marcadamente en los años siguientes.

Cumpliendo con la cláusula transitoria mencionada en el mes de marzo de 1998 entraron en vigencia el Código Contravencional (ley 10) y el Código de Procedimiento Contravencional (ley 12), y con ellos quedaron automáticamente derogados los tristemente célebres edictos policiales.

La eliminación de la facultad de detener por edictos y la sustitución de tal normativa por un Código Contravencional, con intervención judicial inmediata ante medidas de arresto, y no pudiendo ser conducido a la seccional policial sino a una dependencia judicial, tuvo por efecto que las estadísticas anuales de personas detenidas por establecimiento de identidad se elevaran considerablemente. A pesar de los estándares legales distintos, la cantidad de detenciones se trasvasó de un supuesto a otro, como paliando el déficit originado por la pérdida de la facultad de detener por infracción a la normativa de edictos.

En suma, la anulación de la posibilidad de que la agencia policial realice detenciones por infracción a los edictos policiales generó que en 1998 se multiplicaran la cantidad de detenidos por *establecimiento de identidad*. La impronta punitivista, como el agua, busca

---

5 CELS-HRW, 1998, p. 94.



su cauce. Esa situación se mantuvo en la Ciudad que nunca se decidió a anular esta facultad.

El convencional constituyente Zaffaroni advirtió, sobre la cuestión y, en el mencionado debate dijo que "...el inciso 1), que al prohibir la privación de libertad sin orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, o en caso de flagrancia delictiva con inmediata comunicación al juez, nos da el elemento para abrir la batalla contra la llamada detención por averiguación de antecedentes; digo 'abrir la batalla', porque no me cabe la menor duda de que la Policía Federal sostendrá que esa facultad queda vigente en razón de una ley federal. En este sentido, según mi interpretación la ley orgánica de la Policía Federal tiene carácter local. Seguramente, esto va a ser objeto de una dura lucha, que terminará en sede judicial, donde espero que se termine confirmando el criterio que estoy sosteniendo".

Sin embargo, esa esperanza no tuvo frutos. Algunos han planteado que, en rigor, se trataba de una facultad de la agencia policial federal y que el control estaba en cabeza de los jueces nacionales en lo correccional, por lo que la Ciudad no tenía posibilidad de injerencia en ellas. Más allá de la razonabilidad de este argumento, hoy la situación ha cambiado y para peor.

En diciembre del año 2015 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad resolvió el caso "Vera" donde, básicamente, afirmó que la policía tenía además de las facultades de la ley 23,950, otras que surgían de manera implícita de su propia ley orgánica. La inversión de la regla de la competencia para los órganos y el principio de libertad para las personas, llevó a que la práctica policial de detener, requerir documentos e interrogar se extendiera -o al menos se visibilizara sin tapujos- inusitadamente.

Corresponde recordar que la Corte IDH sostuvo con claridad que "...en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión"<sup>6</sup>, y que "cualquier limitación

---

6 Corte IDH, caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 107.

o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”<sup>7</sup>.

En consecuencia, reconocer la existencia de facultades “implícitas” para las fuerzas policiales desconoce en forma palmaria los estándares citados, e implica una reformulación del principio de legalidad penal que rápidamente acaba por desnaturalizarlo: el Estado puede hacer lo que la ley le permite, “y algo más”. De este modo, la contención a la manifestación del poder represivo del Estado se torna ilusoria.

La decisión del TSJ no sólo contraría, mediante una ilegítima construcción discursiva, las disposiciones convencionales relativas al principio de legalidad, sino que además se desentienden de las específicas razones históricas que llevaron a la limitación legal establecida en la ley 23.950.

En efecto, siguiendo a FERRAJOLI, es posible criticar la indeterminación que tienen estos parámetros: “peligrosidad y sospecha son, por naturaleza, incompatibles con las exigencias de la legalidad estricta, dado que escapan a una clara predeterminación legal y dejan espacio a medidas ‘en blanco’, basadas en valoraciones tan opinables como incontrollables”<sup>8</sup>.

Frente a ello, nuevamente, los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos han sido sumamente claros al establecer que “una detención no debe depender de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta. 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 en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa. Ello no se satisface con una prescripción genérica e inde-

---

7 Corte IDH, caso “Kimmel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 63.

8 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, 1997, p. 767.

finida como ‘graves presunciones de responsabilidad’<sup>9</sup>, y que “...la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio”<sup>10</sup>.

A partir de las consecuencias de prácticas que se desprenden de permisos tan vagos y abiertos como los propuestos por el TSJ -que se apartan incluso de ley 23.950-, es tarea de todos los operadores criticarlos y poner de relevancia los serios defectos jurídicos que tienen. Aceptar pasivamente estas reglas difusas, ambiguas y flexibles que poseen por efecto reafirmar la validez de discrecionales interceptaciones de personas en el espacio público implica consentirlas, permitir su reproducción y profundización y, aun más, hacer un aporte invalorable a favor de que ellas se constituyan como condiciones de posibilidad para consumir gravísimas y sistemáticas afectaciones de derechos humanos.

Sin embargo, lejos de corregirse, la situación se agravó ya que en el mes de diciembre de 2016 se dictó la ley denominada *sistema integral de seguridad pública* (ley 5.688). Los arts. 91 al 94 retrotraen la situación aun más atrás de las regulaciones de 1991 para la agencia federal.

En el primero de los artículos establece que “sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en otras leyes y reglamentos, el personal policial está facultado para privar de su libertad a las personas cuando, en el desempeño de funciones preventivas, existan indicios que hagan presumir que una persona pudiera relacionarse con la preparación de algún delito de acción pública o contravención, o fuera necesario para evitar un peligro para terceros o para las autoridades y se negara a identificarse o no tuviera ninguna documentación que permita acreditar su identidad...”. Más allá de que establece luego la obligatoriedad de la comunicación judicial y el plazo máximo de cuatro horas, el estándar es absolutamente más

---

9 Comisión IDH, informe n° 66/2001 (caso 11.992, “Levoyer Jiménez, Dayra María vs. Ecuador”), párr. 37.

10 Corte IDH, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103.

alto que el de la ley 23.950 y colisiona abiertamente con las disposiciones del art. 13 de la Constitución local.

El debate legislativo dio cuenta de estas nuevas preocupaciones, pero la decisión política estaba sellada en favor de seguir vaciando de contenido las garantías que el art. 13 pretende asegurar, y que expresamente se hallan consignadas en la CADH y que la propia Corte IDH le señaló a Argentina, cuando sostuvo que “una ‘demora’, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención”<sup>11</sup>.

#### **IV. Claves de lectura (política) de la Constitución (política)**

Las Cartas constitucionales de los países o los Estados son, ante todo, definiciones políticas para el marco jurídico de sus habitantes. En ese sentido, lo primero a recuperar, cuando aquellas definiciones son desoídas por las prácticas institucionales, es su característica central de politicidad, en contra de la mirada tradicional de los abogados que, ante una situación como la descrita, se contenta con reformar el texto.

Entonces, pensar en reinterpretar el art. 13 entendiendo por ello sólo acercarse a buscar una fórmula que, modificándolo, lo mejore es creer desmesuradamente en el poder de la ley. Las Constituciones políticas como las nuestras, no fueron, en el marco de esas revoluciones liberales, una descripción del mundo circundante ni de las relaciones sociales imperantes, como pareciera que cierto discurso jurídico de la antipolítica nos pretende hacer creer. Las Constituciones fueron, son y serán, proclamas políticas por las cuales luchar para maximizar sus efectos.

Sin dudas que las disposiciones normativas poseen cierta fuerza, dan cuenta de cierto ejercicio del poder, pero apostar todas las esperanzas a que esas leyes garanticen derechos, como por arte de magia, no es sino un ejercicio inútil y además frustrante.

---

11 Corte IDH, caso “Torres Millacura y otros vs. Argentina”, sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 76.

Es necesario, quizás, recuperar la noción de campo del sociólogo Pierre BOURDIEU para pensar cómo en el campo jurídico algunas reglas escritas poseen un peso específico más intenso que otras, y cómo otras reglas no escritas impactan en las prácticas cotidianas. Considerar quiénes son los actores que poseen mayor capacidad de configurar el campo, y en base a qué tipo de relaciones lo hacen, es imprescindible para considerar cómo es posible modificar ese cuadro de situación arriba descripto.

En ese marco, mejorar ciertas disposiciones legales y generar efectos jurídicos a partir de ciertas situaciones de hecho, puede ser una herramienta útil para esas disputas. La inclusión del matrimonio igualitario en la legislación nacional, los derechos a la identidad de género, los derechos incluidos en la ley nacional de salud mental y las recepciones de diversas situaciones de hecho en el nuevo Código Civil y Comercial, son ejemplos palpables. Pero considerar que toda posibilidad de cambio se agota en la modificación de la letra de la ley es, al menos, miope. Las prácticas pueden verse condicionadas por las leyes y, sobre todo por los efectos adversos o costosos que pueden generar a los que pretenden mantener el cuadro de situación, pero no apostar fuertemente al cambio cultural es dilapidar energías, esfuerzos y, sobre todo, derechos.

Cómo hacer entonces que las garantías del art. 13 de la Constitución tengan mayor efecto en nuestras relaciones sociales es una pregunta abierta. Algunas respuestas hay que buscarlas a nivel sistémico. Preguntarse qué modificaciones en otras leyes, prácticas, conductas o dispositivos podrían impactar en la operatividad de estas garantías es una exploración necesaria. Las investigaciones en el ámbito jurídico no son frecuentes, tal vez por este apego absurdo a la letra de la ley. Es necesario saber qué ocurre en términos de relaciones, por ejemplo, de los ciudadanos -en especial de los más vulnerados en sus derechos- con los integrantes de las agencias policiales. De qué manera comprometer la responsabilidad funcional de mayor cantidad de funcionarios para que la injerencia en un derecho sea legítima, es una vía a analizar.

La Ciudad tiene experiencia en ello. Las previsiones de los arts. 19 y 21 de la ley 12 lograron disminuir la cantidad de arrestos que generaba la policía, con la sola obligación de establecer que un fiscal deba mantenerlos y, además, un juez deba convalidarlos en un plazo de escasísimo tiempo. No fue necesaria una

técnica legislativa depurada ni en extremo casuística para lograr esa disminución de poder punitivo. Bastó con adjudicar responsabilidad funcional a varias personas que, a su vez, dependían de estructuras orgánicas distintas y tenían controles funcionales diversos.

La participación popular siempre es una estrategia profundamente democrática. Cómo influiría la implementación del juicio por jurados en las lógicas burocráticas judiciales es una pregunta que está teniendo respuesta en las provincias que han avanzado con esa forma de juzgamiento de ciudadanos.

En esa misma línea, es imprescindible la devolución de los derechos a la víctima en los casos donde el conflicto puede ser resuelto, con o sin apoyo institucional, pero por fuera de las lógicas punitivas.

Cuánto impactaría en mayores garantías si logramos avanzar con el ingreso de la sociedad civil a las cárceles, anulando -o al menos disminuyendo- las improntas de militarismo, disciplinamiento y privación de derechos distintos a la libertad ambulatoria.

De qué forma se modificarían las relaciones en el ámbito penitenciario si tanto los funcionarios como las personas privadas de libertad pudieran sindicalizarse, peticionar colectivamente por sus derechos, y visibilizar sus reclamos.

Cómo cambiaría la actuación de las agencias policiales si los controles internos y externos fueran estrictos con las obligaciones de los agentes de poseer identificación visible, filmar sus actuaciones como rutina imposible de sortear, de impedirles realizar actividades distintas que las de seguridad y prevención, anulando la delegación judicial de funciones. En esa línea, qué cambiaría en la selectividad tradicional del sistema penal y contravencional si los fiscales no pudieran delegar actos propios en la agencia policial, y si tuvieran que rendir cuenta sobre a qué tipo de casos destinaron los recursos económicos.

En suma, si de interpretaciones constitucionales se trata, es posible remarcar que el art. 13 de la Constitución de la Ciudad es compatible con las directrices más garantizadoras de la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH que, en materia de detenciones, se podrían definir de esta manera:

1. Cualquier detención, por nimia que se pretenda, debe ser antecedida por orden escrita de autoridad judicial competente.

2. En casos de urgencia, dichas interceptaciones en la vía pública por parte de la policía, aun de escasa duración, constituyen privaciones de la libertad ambulatoria que, por tal motivo, debe ajustarse a todas las garantías que tanto la normativa nacional como internacional le brindan. En tal sentido, deben tener una causa que las motive.

3. Las detenciones que, con el único objetivo de exigir a una persona que se identifique, sin otras razones vinculadas a la presunta comisión de ilícitos, al no encontrarse expresamente permitidas por una ley, incumplen principio de legalidad que rige las actuaciones del Estado y son, por ello, ilegales y contrarias a la CADH.

4. Aquéllas, aun cuando estuvieran autorizadas por una ley, al no exigir la concurrencia de ningún motivo previo, serían contrarias a la CADH por ser arbitrarias. De igual modo deberían ser calificadas si mediara un estándar legal vago o indefinido (tal como sucede con la disposición de la ley 23.950).

5. La eximición de una orden judicial previa en casos de urgencia no evita un adecuado e inmediato control posterior, algo que sólo podría cumplirse disponiendo estándares legales precisos y exigentes para habilitar detenciones, y no previendo o construyendo facultades implícitas que se apliquen a presuntos controles al “azar” en el que, además, las personas -sin asistencia técnica ni testigos- extraña y “espontáneamente” declaran ser autores de ilícitos.

Sin embargo, nada cambiará sin una mirada política de los actores con incidencia en este campo. En definitiva, tal como se dijo, la Revolución Francesa es una revolución inconclusa. Lo inconcluso no está en la mejor redacción del papel, sino en profundizar y concretar más acabadamente aquellas proclamas políticas.

Zaffaroni en aquel histórico debate de la asamblea constituyente alertó “...no hay fórmulas mágicas. No existe el milagro de las palabras. El derecho no es una cuestión bucólica como para salir de aquí con la fórmula que nos hace libres a todos. El derecho es lucha. Es una lucha permanente. Es una tensión dialéctica entre el Estado de derecho y el Estado de policía. Seamos conscientes de que, por más que estemos haciendo el máximo de esfuerzo técnico posible para controlar las privaciones de libertad arbitrarias, las aprehensiones arbitrarias, no podemos estar bucólicamente seguros de que con esto las controlamos, porque esa aprehensión, esa dialéctica entre Estado de derecho y Estado de policía va a seguir”.

## Bibliografía

ACTAS DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Jusbairens, Buenos Aires, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio, “¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones”, en BAIGÚN, David *et al.*, *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Del Puerto, 2005, p. 515.

BOVINO, A., “Derechos Fundamentales y Artículo 71 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Nueva Doctrina Penal –NDP– año 2004-A. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BOVINO, A., “La libertad personal en el sistema interamericano”, en AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University. México DF, México.

CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed., Hammurabi, 1994.

CARRIÓ, A., “Otra vez el tema de las confesiones policiales: Miranda está lejos y espera”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1993-B, La Ley, Buenos Aires, 1993, p. 258.

CARRIÓ, A., “Detenciones arbitrarias y regla de exclusión: cuando la Corte habla así, da gusto oírla”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1995-B, . La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 349.

CARRIÓ, A., “El derecho a la libertad y los trámites de identificación. De Daray a Fernández Prieto a Tumbeiro (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, tomo 2003-I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 729.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, Buenos Aires, 1997, p. 767.



GARCÍA, Luis M., “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para la identificación de personas. Los claroscuros del caso Tumbeiro”, en *La Ley*, t. 2003- A, Buenos Aires, 2003, p. 470.

LARSEN, Pablo-MARTÍN, Adrián N., “Otra vez sobre facultades policiales amplias y Estado de Derecho. Críticas a una decisión jurídicamente inaceptable”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2016.

MAGARIÑOS, Héctor M., “La detención de personas sin orden judicial escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional”, *La Ley*, t. 1999-D, Buenos Aires, 1999, p. 662.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, 2ª ed., del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio B. J., “Entre la inquisición y la composición”, en *No Hay Derecho*, N° 6, Buenos Aires, 1991.

MARTÍN, Adrián N., *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal 1994-2007. Sobre las improntas del Estado de policía en la agencia judicial*, Del Puerto, 2010.

MARTÍN, Adrián N., “La impronta de la ideología positivista del peligrosismo y la defensa social como construcción imaginaria que sigue atravesándonos como sociedad (pasado y presente de una lógica filial)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 3, Ad Hoc, 2005, pp. 298-299.

MARTÍN, Adrián N., “Responsabilidad Internacional del Estado por detenciones policiales arbitrarias”, en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana*, Cátedra Jurídica, 2008.

SAGÜÉS, Néstor, “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso”, en *Ius et Praxis. Derecho en la región*, año 5, n° 1, Universidad de Talca, 1997, p. 211.

SALESSI, Jorge, *Médicos, maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina (Buenos Aires: 1871-1914)*, 2ª ed., Beatriz Viterbo Editora, 2000.

SOZZO, Máximo, “¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha? Notas sobre prevención del delito e institución policial”, en FRUHLING, Hugo (ed.), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior*, CED, Santiago de Chile, 1998 p. 229.

TISCORNIA, Sofía, “Seguridad y cultura de la violencia. El teatro de la furia”, en Revista Encrucijadas, UBA, año 1, N° 1, 2000.

TISCORNIA, S., EILBAUM, L. LEKERMAN, V. (1998) “Detenciones por Averiguación de Identidad. Argumentos para la Discusión sobre sus Usos y Abusos”, en FRUHLING, H. (Ed.). *Control Democrático en el Mantenimiento de la Seguridad Interior*, Santiago de Chile, Chile: CED. También publicado en el sitio web del Centro de Estudios Legales y Sociales: [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

### **Jurisprudencia**

Corte IDH. Caso “Gangaram Panday Vs. Suriname”. Sentencia de 21 de enero de 1994.

Corte IDH. Caso “Loayza Tamayo Vs. Perú”. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

Corte IDH. Caso “Castillo Páez Vs. Perú”. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Corte IDH. Caso “Suárez Rosero Vs. Ecuador”. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte IDH. Caso “Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras”. Sentencia de 7 de junio de 2003.

Corte IDH. Caso “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Corte IDH, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008,

Corte IDH, caso “Torres Millacura y otros vs. Argentina”, sentencia de 26 de agosto de 2011.

Comisión IDH, informe n° 66/2001 - caso 11.992, “Levoyer Jiménez, Dayra María vs. Ecuador”

CSJN, “Rayford”, *Fallos*, 308:733.

CSJN, “Ruiz”, *Fallos*, 310:1847

CSJN, “Daray”, *Fallos*, 317:1985.

CSJN, “Waltta”, *Fallos*, 327:3829.

CSJN, “Massa”, *Fallos*, 327:4458.

TSJ CABA, expte. n° 11835/15, “Ministerio Público -Fiscalía de Cámara Sur de la CABA- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Vera, Lucas Abel s/infr. art. 85, CC”, sentencia del 23 de diciembre de 2015.