

ARGUMENTOS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONTRAVENCIONES POLICIALES DE LA PCIA. DE TUCUMÁN¹

Introducción.

A modo de breve introducción, queremos resaltar que más allá de las violaciones específicas que puedan surgir de cada caso particular en materia de detenciones por contravenciones policiales, la ley N° 5140 de la provincia de Tucumán implica *per se* la violación de una serie de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Provincial, Nacional y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Es en este sentido, el enfoque jurídico del presente trabajo.

Contextualización.

En virtud de la aplicación de la ley de Contravenciones Policiales, en la actualidad la policía tucumana puede detener a una persona que considere que está cometiendo una falta contravencional. Decimos que “considera” porque en este tipo de procedimiento policial la aquí cuestionada ley N° 5140 no prevé la utilización de medios probatorios suficientes y eficaces para acreditar la contravención cometida y la autoría de la persona detenida por causa de ella. En consecuencia y sólo con la mera idea o sospecha del agente policial que previene, las fuerzas de seguridad pueden detener a las personas; mantenerlas privadas de su libertad en cualquier comisaría por un plazo máximo de 48 horas; decidir sobre su culpabilidad determinando finalmente la sanción a aplicar (arresto o multa).

Esto es lo que sucede a diario en la provincia de Tucumán.

Ahora bien, desde un punto de vista formal y dando sustento a lo señalado, la ley N° 5140 realiza una enumeración extensísima sobre las conductas contravencionales punibles. El encuadre fáctico de éstas —presupuesto de hecho que contempla la norma— es sumamente *amplio y flexible*, carente de todo rasgo de tipicidad y sujeto de esta forma a la discrecionalidad absoluta del agente policial.

Por otro lado, tampoco se encuentra regulado en la norma analizada, el *trámite* que debe seguir la policía al momento de la instrucción del sumario contravencional respectivo, como tampoco cuáles son las funciones genéricas y específicas que les asisten a las fuerzas de seguridad en esos casos; cuáles son sus obligaciones, límites y necesarios contralores. Menos aún, los derechos y defensas de los presuntos contraventores. Es decir que nos encontramos ante un procedimiento policial que sólo en “apariencias” es legal.

Sintetizando, la Ley de Contravenciones de la Provincia de Tucumán comienza estableciendo que *el mismo órgano administrativo* que detiene, investiga, decide la procedencia de la detención, juzga y por último concede o no el recurso de apelación, sea el Jefe de Policía de Tucumán. Asimismo, este procedimiento contravencional se realiza *sin ningún tipo de control judicial inmediato* atento a que éste sólo procederá en grado de apelación y con la persona privada de su libertad durante toda la organización del sumario.

Consideramos que antes de pasar a analizar las diferentes argumentaciones de inconstitucionalidad que aquí se presentan, es conveniente señalar como premisa esencial el marco legal que sostiene esta exposición: la validez y eficacia de la aplicación local del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Argentina.

En esta línea, es bueno recordar que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional contenidos en el art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (CN) condicionan obligatoria y jurídicamente el accionar de todos los órganos del Estado Argentino con relación a los particulares sujetos a su jurisdicción. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —intérprete natural y órgano de aplicación de la Convención Americana sobre

¹ El presente documento fue elaborado por el equipo de Seguridad y Derechos Humanos de ANDHES, en el año 2004.

Derechos Humanos (CADH) —² ha sostenido en su última sentencia, justamente en un caso por abuso policial contra Argentina que ella:

*“Reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de garantizar su seguridad y mantener el orden público. Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho”.*³

Más allá de las circunstancias de la detención contravencional, el tiempo de la misma y la decisión a la que arribe el Jefe de Policía, *siempre* que exista una detención a través de un procedimiento contravencional en la provincia de Tucumán encontraremos ciertos derechos constitucionales básicos del/a contraventor/a detenido/a que en forma manifiesta y notoria son conculcados. A saber: *derecho a la libertad personal y derecho al debido proceso legal y sustancial*

1. Violación al derecho a la libertad personal.

De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 5 y 6 de la ley N° 5140, procede la detención de cualquier persona —incluso si es menor de edad— si la misma es sorprendida *in fraganti* cometiendo una contravención de las previstas en esta norma. La detención se extiende ininterrumpidamente por 48 horas hasta que el jefe de Policía —autoridad competente en la materia— dicta la resolución administrativa que determina la inocencia o culpabilidad del presunto contraventor, aplicando la sanción que corresponda.

Así la realidad legal de los hechos que nos ocupan.

1.1 Violación a la libertad personal por no mediar orden escrita de autoridad competente, ni probadas causas de flagrancia.

El contenido del derecho a la libertad personal que goza todo individuo que habite suelo argentino, se encuentra consagrado no sólo en el artículo 18 de la CN, en cuanto establece que *“Nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”* sino también en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que vienen a complementarlo (art. 75 inc. 22 CN), especialmente en el art. 7 de la CADH.⁴

Podemos decir entonces que fuera de los casos probados de flagrancia, *“Nadie puede ser arrestado sin que medie orden escrita de autoridad competente, entendiéndose por tal a la que estuviera legal y expresamente autorizada para restringir la libertad de las personas”*⁵. Todo esto siempre con relación al caso y pruebas particulares que se traten dado que no existe en el ordenamiento jurídico argentino la facultad legal de detener *genéricamente* a las personas, sin probar en forma debida las causas de la detención.

Así y atendiendo al derecho que en el procedimiento contravencional policial está en juego (libertad personal), no debe escapárse nos que nuestro ordenamiento jurídico prevé que las restricciones al mismo deben ser la excepción a la regla por aplicación del principio jurídico de *favor libertatis* y como tal, sus condiciones, circunstancias, defensas que involucra, etc. deben encontrarse expresa y previamente establecidas y reguladas por ley.

² CSJN, “Caso Giroldi, Horacio s/Recurso de Casación”, abril 7-1995, publicado en JA, t. 1995-III, considerandos 11 y 12.

³ CorteIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie “C” N° 100, párr. 124.

⁴ Con igual sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.9; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art.8; Convención sobre los Derechos del Niño, art.37.b.

⁵ CNCrimyCorrec, 1992/11/22, Soaje Pinto, José M. por Cherashny, Guillermo J.; DJ, 1993-2-886.

La ley de contravenciones policiales de Tucumán importa una limitación clara a un derecho humano esencial: el derecho a la libertad personal, en la especie libertad ambulatoria a través de la figura del *in fraganti* delito o contravención. Sin embargo, esta situación de flagrancia en general nunca es probada válidamente, ni podrá serlo dado que la ley N° 5140 no establece un procedimiento contravencional claro, contradictorio y con las debidas exigencias probatorias que el mismo requiere. Por ello, y ante este vacío legal, encontraremos que los únicos testigos de las contravenciones serán los agentes policiales, quienes —dada la amplitud de los tipos contravencionales previstos— con absoluta discrecionalidad determinan la contravención y el momento de flagrancia respecto a cada una de ellas porque la legislación vigente en la materia así se los permite. Es por eso que la restricción que importa actualmente la ley N° 5140 violenta el derecho fundamental comentado.

1.2 Violación a la libertad personal por no ser llevada la persona detenida en forma inmediata ante presencia judicial.

La norma en cuestión establece en su art. 5 que *“La detención inmediata procede en el caso de ser sorprendido in fraganti el autor de la contravención. Si se tratase de personas de malos antecedentes o desconocidos en el lugar, la autoridad policial puede detenerlas hasta la organización del sumario”*. A partir del mismo, las fuerzas policiales detienen a los supuestos contraventores y los mantienen alojados en los calabozos de sus dependencias hasta la (mal llamada por la ley 5140) “sentencia” del jefe de Policía, sin que los funcionarios policiales se vean obligados a comunicar fehacientemente de la detención a las personas allegadas al detenido/a, menos aún a los funcionarios judiciales correspondientes para que realicen un efectivo y legal contralor. Es más, del sumario policial sólo se contempla que tenga conocimiento la autoridad administrativa máxima en la materia (jefe de Policía).

Tan grave situación violenta lo preceptuado por el art. 32 de la Constitución de Tucumán que en aras de garantizar el control de legalidad de toda privación de libertad establece que ninguna persona puede ser detenida por más de 24 horas sin que un juez conozca de su situación. En igual sentido, el art. 7 inc. 5, CADH: “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”⁶.

Es decir que, la garantía del principio *favor libertatis* junto a la del contralor judicial rápido y efectivo no son menores. Al contrario. La única garantía válida y real que en este sentido hace a la debida defensa de toda persona privada de su libertad, es el obligado, efectivo y eficaz contralor judicial en no menos de 24 horas —tal como está previsto por la Constitución Tucumana— de ocurrida la detención. Este necesario control no se exige sólo para comprobar la legalidad de la misma y verificar la seguridad personal del detenido, sino porque la plena vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia así lo impone.⁷

Estos son los estándares legales que la Constitución Tucumana ordena respetar. De ahí que toda ley de carácter inferior a ésta —tal el caso de la 5140— no debe prever una situación más gravosa que lo que constitucionalmente se consagra como piso mínimo y obligado a cumplir, so pena de incurrir en graves inconstitucionalidades que, en lo que se refiere al derecho a la libertad personal, redundan en perjuicios concretos —y muchas veces irreparables— para quienes las sufren.

Por ello y tal como sostiene Néstor Pedro Sagüés al analizar la importancia del bien jurídico de la libertad personal en el derecho argentino y la acción de hábeas corpus, es oportuno recordar que *“.....sin la libertad ambulatoria, como uno de los bienes jurídicos sustancialmente tutelados por la Constitución Nacional, poco puede hacer el hombre. Por eso, el hábeas corpus es una suerte de garantía fundante, en el sentido de que posibilita,*

⁶ Confrontar argumentos sobre el artículo en Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); casos Velázquez Rodríguez, excepciones preliminares, sentencia del 26 de Junio de 1987, párr 159, 185 y 186; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, excepciones preliminares, sentencia del 26 de Junio de 1987; Caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr 168, 195 y 196.

⁷ Doctrina de la CSJN, 29/11/65, LL, t. 121, p. 267, entre otros.

*merced a la obtención de la libertad corporal, la práctica de las restantes libertades humanas*⁸. Es por eso que el derecho a la libertad se entiende o debe entenderse como un derecho fundante de otros derechos humanos fundamentales que tienen todas las personas.

Asimismo, este tipo de situaciones —detenciones que se alegan arbitrarias e ilegales— también han sido contempladas por el más Alto Tribunal regional en la materia. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que *“Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad e ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculgado mientras no se establezca su responsabilidad... 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, pues el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado”*.⁹

Con lo antes expuesto, podemos concluir entonces que el control judicial inmediato —que obliga el debido respeto de este derecho— de las detenciones contravencionales y de las condiciones en que éstas se realizan, no se encuentra previsto en la ley N° 5140. Por lo tanto, la restricción a la libertad personal que significa la aplicación directa de los artículos 5 y 6 de la citada ley violentan en forma manifiesta y evidente el derecho fundamental de la libertad ambulatoria de las personas y, en consecuencia, lo preceptuado sobre esta materia por el artículo 18 de la CN, el artículo 7 de la CADH y el artículo 32 de la Constitución de la Provincia de Tucumán (Cpcial.).

2. Violaciones al debido proceso.

2.1. El debido proceso como derecho humano.

El debido proceso (legal y sustancial) constituye un derecho fundamental de las personas que se encuentra expresamente contenido en los arts. 18 CN y 28 Cpcial. Conforme a la primera de las normas citadas *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*.

Por otro lado y en idéntico sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 un *“conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”*.¹⁰ Este artículo consagra los lineamientos hoy vigentes del llamado “debido proceso legal”; las garantías judiciales mínimas que deben observarse en todo proceso y que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos.¹¹ Por su parte, esta norma está íntimamente relacionada con la obligación de los Estados partes de suministrar recursos judiciales sencillos y efectivos a las víctimas de derechos humanos —artículo 25, CADH sobre protección judicial—, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de

⁸ Sagués, Néstor Pedro; “Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus”, 3° Edic. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As, año 1988.

⁹ CortelDH, Caso Bulacio, supra nota 2, párr. 129.

¹⁰ CortelDH, “Garantías Judiciales en estados de Emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, CADH), Opinión Consultiva OC-9/87, Serie A, N° 9, del 6 de octubre de 1987, p. 27.

¹¹ CortelDH, Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, p. 74

garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.¹²

Cabe aclarar que si bien el art. 8 de la CADH por su propia denominación ("Garantías Judiciales") pareciera introducir la idea de que su aplicación se limita a recursos judiciales en sentido estricto, es errónea dicha interpretación. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que esta norma se refiere *"al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"*¹³ a efectos que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. En otras palabras, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea éste administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal; y las garantías mínimas establecidas en el inc. 2° del art. 8 CADH, también se aplican a todo proceso relacionado a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter¹⁴.

Ahora bien, la ley N° 5140 establece un procedimiento (sumario contravencional) que se lleva a cabo ante un órgano dependiente del Poder Ejecutivo provincial, de ahí a que pueda inferirse que su naturaleza es de carácter administrativo. Esta interpretación, más allá de que sea controvertida jurídicamente, no impide aseverar que las funciones asignadas en esta tarea el jefe de la Policía son de neto corte *jurisdiccional*, por ende la misma debe llevarse a cabo con estricta observancia de las normas relativas al debido proceso adjetivo y sustantivo de las partes, resolviendo la litis planteada todo conforme a nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Si bien la ley de contravenciones policiales de Tucumán no detalla en ninguno de sus artículos cuál es concretamente el procedimiento (etapas, derechos, garantías, etc.) que importa este sumario, siempre rigen las garantías mencionadas del debido proceso y que constituyen limitaciones claras, legales e infranqueables a la discrecionalidad de la Administración: el debido proceso como derecho humano esencial. En este sentido, *"es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"*.¹⁵

No hay dudas de que fuera cual fuera la naturaleza que la ley N° 5140 quiera darle al sumario contravencional, éste no puede sustraerse a los lineamientos constitucionales del debido proceso ya que *"es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber"*.¹⁶

En este sentido ha avanzado también la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al momento de reconocer la constitucionalidad de las facultades para sancionar represivamente del Jefe de Policía estableciendo para ello requisitos determinados: *"el Jefe de Policía debe brindar a la parte interesada la oportunidad de defenderse y producir prueba"*.¹⁷

2.2. Violaciones al debido proceso.

Habiéndose determinado que las reglas concernientes al debido proceso conforman el contenido de un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, y que por lo tanto deben ser aplicadas en cualquier tipo de proceso, nos resta ahora determinar en concreto

¹² CortelDH, Casos Velázquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godinez Cruz, Excepciones Preliminares, p. 90, 90 y 92 respectivamente.

¹³ CortelDH, Caso Baena, Ricardo y otros, Sentencia del 13 de noviembre de 2000, Serie "C" N° 70, p. 123, entre otros.

¹⁴ Idem, p. 124 y 125.

¹⁵ Idem, p. 126 y 127.

¹⁶ Idem, p. 127.

¹⁷ Carrió, Alejandro, "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", 4° edic., Hammurabi, Bs. As., Cap. II, año 2001, p. 62.

cuáles garantías —sin perjuicio de las que además puedan configurarse en cada caso concreto— se ven lesionadas en forma directa por la aplicación del procedimiento contravencional previsto en la ley N° 5140.

- ***Derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente e imparcial.***

Debemos partir reconociendo que *“constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura, que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legales preestablecidos. Dichos tribunales deben ser competentes, independientes e imparciales, de acuerdo con el art. 8.1 de la Convención Americana”*¹⁸.

Es evidente que este extremo legal no se le reconoce al supuesto/a contraventor/a en el proceso aquí tratado, sino sólo en grado de apelación cuando a través de este recurso el sumario contravencional “llega” a los estratos judiciales. Hasta esa oportunidad procesal, la única autoridad competente para dirimir la controversia que plantea un hecho contravencional es el jefe de Policía de la provincia a través de sus agentes. Sin embargo, éste no cumple con los requisitos de independencia e imparcialidad toda vez que hará de acusador, juzgador y sancionador, situación que no condice con un principio de independencia entre el órgano acusador y el que imparcial y libremente debe juzgar.

Es así que de forma involutiva —respecto al ordenamiento procesal penal local— la ley N° 5140 vuelve a un sistema de carácter inquisitivo, arbitrario y contrario a los principios constitucionales de derechos humanos que rigen la materia y que hacen a una mayor protección de los particulares frente al accionar del Estado, tales como el principio *pro homine* establecido expresamente por el art. 29 CADH y receptado por el art. 75 inc. 22 CN, como por la jurisprudencia de la CSJN antes citada.

En la misma línea, es coincidente la doctrina al señalar que *“la imparcialidad es la condición de tercera desinteresada (independencia neutral) del Juzgador, es decir la de no ser parte ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos y la actitud de mantener durante todo el procedimiento la misma distancia de la hipótesis acusatoria, que de la defensiva —sin colaborar con ninguna— hasta el momento de elaborar la sentencia”*¹⁹.

Incluso la regla *“ne procedat iudex ex officio”* establece la necesidad de no atribuir a un mismo órgano dos funciones diferentes. La garantía de imparcialidad requiere juzgadores sin responsabilidad de probar los hechos sobre los que deben juzgar.

En síntesis, es inconstitucional que el órgano decisorio no exista ni actúe en forma independiente de aquel que acusa: el doble carácter —órgano de acusación y decisión— que reviste el jefe de Policía en materia contravencional es manifiestamente violatorio de garantías y principios constitucionales fundamentales.

Asimismo, el doble carácter mencionado afecta directamente el derecho de toda persona a obtener una *sentencia justa*. Es dable señalar que para que una sentencia sea un acto jurisdiccional válido debe constituir una *derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias probadas de la causa y dictada por un juez competente que cumpla con los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad*²⁰.

¹⁸ CortelDH, Caso Ivcher Broinstein, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie “C” N° 54, p. 112.

¹⁹ Cafferata Nores, José I. “Garantías y Sistema Constitucional”, Revista de Derechos Penal “Garantías Constitucionales y nulidades procesales I”, Ed. Rubinzal – Culzoni, página 140.

²⁰ Doctrina de la CSJN sobre arbitrariedad de sentencias, caso “Casavilla, Miguel”, L.L. 1993-E-183.

Ahora bien, es necesario previamente analizar si el acto administrativo público que dicta el jefe de Policía (resolución) para “sentenciar” a un detenido contravencional, constituye o no una sentencia.

En un sentido técnico, este acto no es sentencia aunque si tiene los efectos de la misma. La resolución del jefe de Policía en materia contravencional es un acto administrativo de carácter público sancionatorio y constituye una actividad netamente jurisdiccional. En consecuencia, como todo acto de esta naturaleza y dado el bien jurídico que afecta (libertad personal) debe ser motivado y fundado debidamente, es decir debe tener todos los elementos constitutivos de un acto jurisdiccional decisorio, entre ellos el de tener una causa jurídicamente válida que le de sustento legal.

Es así que estas resoluciones policiales, dictadas reiteramos en el marco de una actividad netamente jurisdiccional, deben respetar una serie de garantías procesales que hacen a una adecuada defensa en juicio y al debido proceso legal. Así, podemos destacar que este tipo de resoluciones deben ser motivadas en los hechos y circunstancias que dieron origen al proceso sumarial contravencional —lo que implica producción y evaluación de las pruebas aportadas por las partes— y fundadas en derecho. Por derecho se entiende a *todo* el ordenamiento jurídico vigente en el país con respeto estricto al principio de supremacía constitucional consagrado en el art. 31 CN. Ambos, motivación y fundamentación deben ser lógica y razonablemente relacionados al caso concreto.

Podemos concluir entonces que la resolución que se dicta en un proceso contravencional es mal llamada “sentencia” ya que no cumple con ninguno de los requisitos legales que hacen a su validez: motivación y fundamentación suficiente.

En este sentido, las resoluciones del jefe de Policía en materia contravencional carecen en absoluto de motivo fáctico, valoración de la prueba de cargo y de descargo, análisis de la relación de causalidad y debido sustento legal adecuado al caso particular. Estos defectos procesales las tiñen de arbitrariedad manifiesta tornándolas nulas, de una nulidad absoluta e insalvable.²¹

- ***Derecho a una legítima defensa.***

El procedimiento por el cual se determina la calidad de una persona como “contraventora” atenta claramente con el principio constitucional del “libre contradictorio”, base del derecho a la debida defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 18 CN).

A través de esta reserva de inviolabilidad del derecho de defensa de la persona y de sus derechos se busca garantizar el reconocimiento, en un piso de igualdad, de la relación contradictoria que se da en todo proceso sancionatorio, como lo es el sumario contravencional de la ley N° 5140. Es tal la importancia de este derecho que la CSJN ha entendido necesaria la anulación de una determinada sanción represiva si ésta ha sido impuesta sin dar a la parte interesada adecuada oportunidad de defenderse o bien en condiciones en que se ha visto notoriamente dificultado el ejercicio de su derecho de defensa²². Para una adecuada garantía de este derecho es necesario por lo menos, la determinación clara de quiénes son las partes, cuáles son las garantías que les ofrece la ley a cada una, estableciendo siempre un razonable equilibrio entre las mismas.

La vinculación de este principio con el derecho a la defensa se materializa entonces en las garantías que hacen a ésta y que importan para la parte acusada (contraventor/a detenido/a): conocer los cargos imputados y la evidencia que obra sobre los mismos; realizar un descargo libre de cualquier tipo de coacción; presentar pruebas a su favor y contrarrestar las opuestas y, fundamentalmente, el derecho a una asistencia letrada idónea desde un primer momento y

²¹ Cf. CSJN, 17/9/1996, Díaz Indolfo A. c. Zeit S.R.L. y Otro, LL, del 11/12/96, p. 15.

²² CSJN Fallos 121:285; 128:417; 183:296; 193:408; 198:467; 236:271; 265:281.

durante todo el tiempo que dure el procedimiento legal que se trate, lo que supone el derecho a comunicar su situación que tiene, como principio, toda persona privada de su libertad.

Lo antes señalado constituye una garantía fundamental de tal magnitud que hasta la Corte Interamericana, en su última sentencia y refiriéndose a los extremos que deben cumplirse en una detención policial, establece que:

"El detenido y quienes ejercen representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando ésta se produce, lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo y además contribuye, en el caso de un menor a mitigar el impacto de la detención en la medida de lo posible".²³

Nuevamente, nada de esto surge reglado en la ley N° 5140 evidenciándose la responsabilidad internacional del Estado argentino y tucumano en aceptar y aplicar este tipo de legislaciones.

En Tucumán, el supuesto contraventor/a detenido/a en ningún caso conoce qué derechos lo asisten o las pruebas que hay en su contra y ninguna participación tiene que le permita desvirtuar las mismas, en caso de que realmente existan pruebas: la policía sólo se limita a detenerlo, encerrarlo en una celda por 48 horas para luego (en la gran mayoría de los casos) condenarlo al pago de una multa o a sufrir un nuevo arresto. Igualmente, y de tener la persona detenida un letrado que lo asista, éste no tiene una instancia procedimental adecuada y prevista en la ley para ejercer debidamente la defensa de la persona antes de ser sancionada administrativamente.

Así la ley N° 5140, no así el resto del ordenamiento jurídico argentino pertinente a la materia.

El derecho a una debida defensa involucra a su vez a otros principios de fuerte gravitación constitucional: *principio de publicidad en el proceso y principio de presunción de inocencia.*

El primero de ellos, comprende el derecho de todos los actores o sujetos procesales a conocer ampliamente las actuaciones. Esto importa un medio efectivo para controlar el desarrollo del sumario a fin de evitar situaciones de indefensión en cualquiera de ellos. El segundo, conforme lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una garantía esencial, de ahí la importancia de saber si existieron efectivamente posibilidades reales de defensa para saber si el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre válida y legalmente lo contrario fue respetado o no. En este sentido, ese Alto Tribunal dijo que *"El principio de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla."*²⁴

Las graves falencias del procedimiento contravencional demuestran claramente cómo se violenta el derecho a la debida defensa, situación que se agrava aún más en los casos de personas menores de edad.

- ***Derecho a una legítima defensa: derecho a ser oído.***

No podemos escindir este derecho del contenido que le da la correcta aplicación del principio de presunción de inocencia recién comentado: la persona detenida lo que debe hacer en su defensa es *controlar* el modo en que se pretende probar su culpabilidad y, si lo desea, acreditar su inocencia. Cafferata Nores manifiesta al respecto que *"específicamente la defensa del imputado consiste en la posibilidad que se le debe acordar de contradecir la imputación, proporcionando –si lo desea– su versión sobre el hecho delictivo que se le*

²³ CortelDH, Caso Bulacio, supra nota 2, párr. 128.

²⁴ CortelDH, caso Baena, Ricardo y Otros -ya citado anteriormente-, p. 120.

*atribuye...*²⁵. Son estas las razones por las que la declaración de una persona imputada debe ser considerada siempre como medio para su defensa y no como un medio de prueba.

Esto quiere decir que el imputado puede ejercer su defensa material —en contraposición con la técnica— guardando silencio, haciendo un descargo o una aclaración, declaración que será válida a los fines legales siempre que sea precedida por una adecuada y clara información del hecho que se le imputa y de las pruebas que existen en su contra. Esa es la manera en que se da la oportunidad de que ejerza su derecho a ser oído y en consecuencia, la persona imputada podrá alegar la prueba que tuviere a su favor en circunstancias tales que le permitan manifestarse libre de toda posibilidad de coacción.

- ***Derecho a la legítima defensa: derecho a no ser incomunicado.***

Toda persona debe tener la posibilidad real de poder preparar su defensa formal y materialmente máxime si su derecho a la libertad personal se encuentra en juego.

Siendo esto una premisa básica, en el caso de las detenciones contravencionales el punto de partida será el poder comunicar la situación de privación de libertad a un familiar, a un letrado o a una persona de confianza. *Esta es la regla en el derecho argentino vigente: la no incomunicación.*

Una de las prácticas más comunes de las fuerzas de seguridad provinciales —en supuestos de detenciones contravencionales— es detener a la persona y, en forma arbitraria, ilegal y automática, mantenerla incomunicada de manera absoluta: los familiares de la persona detenida deben “implorar” para poder ver a su allegado y a éste ni siquiera, en la gran mayoría de los casos y con los más dispares justificativos, se les permite llamar por teléfono a un/a abogado/a para que lo asista. Es decir, que la regla antes señalada se encuentra invertida de forma ilegítima e ilegal.

Sobre este tema y según Cafferata Nores, la incomunicación es una medida de coerción personal por la que se impide a un imputado mantener contacto verbal o escrito con terceros para evitar que se obstaculice la investigación. Con este sentido, la incomunicación es una medida de carácter estrictamente excepcional y facultativa, por lo que sólo debe aplicársela a supuestos en que su omisión permita un contacto tendiente a desbaratar la prueba del delito y la responsabilidad de sus autores. Su imposición jamás debe realizarse mecánicamente, como suele observarse en buena parte de los sumarios en donde a la detención le sigue en forma automática, la incomunicación de la persona con todo el perjuicio que ello implica. De ahí que la ley exija la existencia de motivos fundados para decretarla.

En Tucumán, la medida de incomunicación —la única legalmente permitida— no puede durar más de tres días corridos (art. 32 CPcial.) y debe ser ordenada por el Poder Judicial. En este sentido, el art. 273 del Código Procesal Penal de la Pcia. establece que:

“Sólo el Tribunal podrá decretar la incomunicación del detenido cuando existan motivos -que se harán constar- para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de tres días (Constitución provincial art.32).

Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles imposterables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo además el segundo y tercer párrafo del artículo 118 (Derecho a tener asistencia letrada)”.

²⁵ Cafferata Nores, José I. “Garantías y Sistema Constitucional”, Revista de Derechos Penal “Garantías Constitucionales y nulidades procesales I”, Ed. Rubinzal – Culzoni, página 140.

Es dable entonces recordar que la incomunicación **nunca es absoluta**. La incomunicación absoluta e indeterminada está prohibida por tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (tales como el art. 5 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) dado que importa la indefensión total de la persona y sus derechos como también el sometimiento a la misma a una *forma de trato cruel, inhumano y degradante*.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado al respecto que *"la sola consideración de que las personas privadas de contacto con el mundo exterior y el aislamiento que produce dicha situación, produce en las mismas sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas; las colocan en un particular estado de vulnerabilidad, lo que acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles o centros de detenciones"*²⁶

- ***Derecho a la legítima defensa: derecho a tener asistencia letrada.***

A nadie escapa a estas alturas la especial relevancia que tiene el hecho de que la persona detenida por una contravención policial pueda acceder a una defensa técnica adecuada.

Si a esto lo interpretamos a la luz del art. 16 de nuestra Constitución Nacional, estableceremos que dicha defensa debe desarrollarse en condiciones de plena igualdad con el órgano acusador. Esta situación se encuentra ampliamente desvirtuada dado que en este proceso la persona del juzgador se encuentra identificada con la del acusador, agravándose aún más cuando no se establece legalmente la necesidad de que el detenido acceda realmente a una adecuada defensa, tanto *material* como *técnica*²⁷.

Debemos recordar que el derecho de defensa no es sólo una emanación natural de la dignidad humana sino que también es una herramienta —para todo/a detenido/a y la sociedad en su conjunto— que permite controlar que el proceso al que se somete a una persona sea el resultado de la aplicación de los valores fundantes del Estado de derecho. Por ello, debe ser una constante preocupación su garantía desde un primer momento. Citando a Cafferata Nores: *"Sólo podrá tolerarse restricciones de origen legal y de carácter reglamentario y a condición de que no lo afecten en su esencia, porque es un componente insustituible del juicio previo (proceso) constitucional y un límite infranqueable a la búsqueda de la verdad de la acusación de un delito, que sólo puede obtenerse legítimamente con el inexcusable resguardo de la defensa del imputado"*.²⁸

El derecho de defensa y el principio de igualdad hablan por lo tanto de una asistencia que implique la equivalencia de conocimientos jurídicos entre acusador y acusado, lo que requiere en consecuencia, la asistencia efectiva de un profesional letrado desde un primer momento (particular o defensor oficial).

En concordancia con la doctrina que la CSJN²⁹ tiene sobre este tema, la Corte Suprema de los EE. UU., en el conocido caso *"Gideon vs. Wainwright"* también dijo en forma concreta que *"toda persona tiene derecho de tener asistencia letrada, sobretodo cuando la pena en juego es de prisión"*³⁰.

²⁶ Cf. CortelDH, Casos Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, p. 58; Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, p. 90; Velásquez Rodríguez, p. 156 y Godínez Cruz, p. 164 ya citados anteriormente.

²⁷ Según Cafferata Nores, I. *"La defensa material"* consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y presenciando o participando (según el caso) en los actos probatorios y conclusivos, o absteniéndose de hacerlo. La defensa del imputado se integra con la actividad desarrollada por un abogado que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva y propondrá pruebas, controlará y participará en su producción y en las de cargo que ofrezca el acusador... y podrá recurrir en su interés: es lo que se conoce como *defensa técnica*". Artículo y obra ya citada.

²⁸ Cafferata Nores, I.; Artículo y obra ya citada

²⁹ CSJN, "Fernández, Jorge N.", 10/3/87, *DJ*, 987-2-482; "López, Osvaldo A.", 14/9/87, *DJ*, 988-1-1048, entre otros.

³⁰ 372 U.S. 335 (1963): II-394 (480).

La práctica local nos indica que nada de esto llega a brindársele a una persona detenida por una contravención. Al contrario: la policía provincial al detener a un individuo por una contravención, la traslada a la comisaría respectiva y le toma una declaración *sin presencia de letrado*, y sin ofrecérselo efectivamente. Esta declaración es la única base “probatoria” —y único acto de defensa material del contraventor detenido— que evalúa el jefe de Policía al dictar la resolución que decide el procedimiento. Asimismo, en ningún caso esta autoridad llega a tener contacto con la persona detenida, quien al encontrarse incomunicada realiza dicha declaración sin ningún tipo de asesoramiento y acompañamiento profesional letrado, como ya lo anticipáramos. Esto agrava aún más la situación dado que en ese momento el detenido es presa fácil para cualquier tipo de coacción física y/o moral; y aunque no sufra violencia, el sólo hecho de prestarla solo e incomunicado vicia de nulidad *ab initio* el acto mismo de la declaración otorgada bajo esas circunstancias.

Es por estas razones que el libre acceso a una asistencia letrada idónea es un derecho humano de carácter fundamental, parte sustantiva de la garantía del debido proceso legal y no es una garantía que se brinde actualmente en el proceso contravencional en cuestión.

- ***Derecho a la legítima defensa: derecho a un recurso idóneo y eficaz.***

Como ya mencionáramos, la asistencia letrada deviene imperiosa en determinados momentos, tales como cuando el contraventor detenido es notificado de su condena y no está de acuerdo con la misma y quiere recurrirla.

El art. 13 de la ley N° 5140 prevé como plazo para interponer el recurso de apelación, 48 horas que corren a partir de la notificación de la resolución que dicta el jefe de Policía. Asimismo, la ley provincial 6.756 (complementaria de la 5140) establece que la autoridad judicial competente sobre el mismo son los Jueces de Instrucción Penal de Tucumán y en su art. 6 que el recurso de apelación tiene efectos suspensivos.

Expresamente dicho artículo señala que *“En el caso de que se hubiere dispuesto el arresto del recurrente, éste recuperará su libertad al interponer el recurso de apelación, dado el efecto suspensivo del mismo.”*

Es dable señalar que hasta no hace mucho tiempo (año 2003), las fuerzas de seguridad de Tucumán invocando el dictado de una resolución o circular policial, no aplicaban el efecto suspensivo que el recurso de apelación mencionado legalmente prevé. Es decir que la autoridad administrativa era la que consideraba si procedía o no dicho recurso, para recién después —en caso de concederlo— girarlo a la Justicia, manteniendo a la persona privada de su libertad por más de las 48 horas previstas.

Al respecto vale mencionar lo manifestado por el Colegio Público de Abogados de Tucumán en su dictamen de fecha 28/11/01, que fuera solicitado en ocasión en que la Legislatura Provincial intentó modificar la ley 6756, proponiendo quitar el efecto suspensivo del recurso de apelación contra las sanciones impuestas en materia contravencional:

“El efecto suspensivo de los recursos, tanto más en materia sancionatoria, resulta una garantía de los ciudadanos a obtener la revisión de las decisiones judiciales. En el caso que nos ocupa, mientras no se instrumenten efectivamente los juzgados contravencionales —legalmente creados pero inexistentes en la realidad— las decisiones administrativas sancionatoria requieren una mayor amplitud en cuanto a su posibilidad de revisión judicial...”

... Ninguna razón de emergencia, real o supuesta puede afectar ese principio. Un importante sector de la doctrina (Soler, Zaffaroni, entre otros) coincide en asignar a la materia contravencional naturaleza penal, lo que implica rodear la aplicación de las sanciones pertinentes de las debidas garantías y aplicación de los principios propios del Derecho Penal y procesal penal. Ello es así por cuanto entre delito y falta o contravención no habría diferencias cualitativas esenciales, sino meramente cuantitativas o de gravedad. Quienes pretenden hallar una diferencia cualitativa, fundada en la supuesta naturaleza meramente administrativa de las

contravenciones, buscan con ello flexibilizar las garantías y principios que deben rodear la aplicación de sanciones...

... No otorgar efecto suspensivo a los recursos, significa transformar a estos en un ritualismo inútil, pues aplicada la sanción, cualquier resultado exitoso del recurso resultará abstracto y una prueba de que la sanción aplicada fue injusta e ilegal. Pero ya se habrá cumplido. En lugar de recurrir a estos mecanismos limitadores de las garantías de los ciudadanos, que bajo el pretexto de dar mayor seguridad, terminar generando inseguridad, deberían instrumentarse definitivamente los juzgados contravencionales, creados legalmente hace tiempo pero que nunca llegaron a funcionar, e implementar los medios para una mayor celeridad en la tramitación del recursos contra las sanciones impuesta"

Finalmente, este dictamen culmina resaltando que *"Tratándose la materia contravencional, materia penal y siendo penas las sanciones aplicables, especialmente cuando consisten o se transforman en arresto, el derecho a recurrir contra ellas, está constitucionalmente garantizada en virtud del artículo 8, apartado 2, inciso h) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 14 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía Constitucional conforme artículo 75 inc. 22 C.N. Siendo así quitarle efecto suspensivo, permitirá la aplicación de la sanción sin que la misma quede firme, frustrando el derecho al recurso constitucionalmente garantizado"*³¹. (El subrayado nos pertenece).

Hacemos nuestras las palabras del dictamen mencionado y detallado anteriormente.

- **Conclusión.**

Las facultades para detener a una persona otorgadas a la policía de la provincia de Tucumán en materia contravencional encuentran su fundamento político-criminal en la obligación estatal de garantizar la seguridad personal de los individuos sujetos a su jurisdicción.

Siguiendo esta línea dichas facultades sólo puede entenderse y aplicarse —en forma legal y legítima— siempre y cuando dicho accionar sea de conformidad a lo prescripto por la Constitución Nacional, los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, la Constitución Provincial y las normas locales respectivas. Estos son los principales fundamentos jurídicos que sustentan la prohibición de extender *ad infinitum* las facultades policiales.

Contrario a esto, la letra de la ley N° 5140, la práctica policial abusiva que se hace de ella y la falta de un control judicial efectivo e inmediato sobre la aplicación de esta norma, permiten —por acción u omisión— tal extensión y el uso indiscriminado del poder coactivo estatal. Esta situación genera graves violaciones a derechos constitucionales y humanos básicos de las personas —derecho a la libertad personal, seguridad personal y a un debido proceso— y en consecuencia, mayor sensación de inseguridad frente al Estado mismo, sensación social que se opone al fortalecimiento de las instituciones democráticas del Estado de Derecho argentino.

³¹ Cf. Colegio de Abogados de Tucumán, Dictamen sobre Expte. N° 1345 realizado por el Vocal VI° de la Comisión Directiva de esa institución, Dr. Carlos Caramuti, 28/11/01.