

**INSTITUTO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES DEL URUGUAY
(IELSUR)**

Informe sobre el Proyecto de Ley de Procedimientos Policiales

I. OBSERVACIONES GENERALES

1. Precisiones previas

1.1. Importancia del tema

Dado que el derecho a la libertad personal ocupa un "lugar especial" en la normativa internacional de los derechos humanos¹, la discusión sobre cualquier Proyecto de ley en la materia resulta de alta importancia jurídica y política. No hay dudas que –independientemente del título del Proyecto- se regulan diversos aspectos que tienen que ver con la libertad personal.

Lo preocupante es que las soluciones normativas propuestas más trascendentes se encaminan a una *rebaja de la garantías* en la materia, modificando sustancialmente el marco legal actualmente vigente, y –lo que es peor- incurriendo en inconstitucionalidades e incompatibilidades con diversas normas internacionales sobre derechos humanos, así como con principios y estándares establecidos por diversos órganos internacionales de supervisión del cumplimiento de los Tratados.

Por lo tanto, se trata de un tema que hace a la *calidad de la democracia*, y en el fondo, al modelo de sociedad que pretendemos construir.

1.2. Ausencia de diagnóstico

La interrogante respecto de las premisas y datos que sustentan el Proyecto de Ley de Procedimientos Policiales es la primera cuestión que –en un debate responsable- debe responderse.

Los estudios sobre reformas policiales que se están implementando en la región sugieren que se realice un diagnóstico que tenga en cuenta la historia del país, el marco legal, la estructura y organización, las cuestiones éticas y el régimen de disciplina y controles, entre otros asuntos. Asimismo, el producto de este diagnóstico debe ser sometido al debate público, mediante talleres y foros públicos de amplia difusión².

En especial, cuando la modificación proyectada afecta –entre otros textos- a la Constitución de la República, el Código Penal, el Código del Proceso Penal y el Código de la Niñez y la Adolescencia. Por lo tanto, se observa la

¹ O´DONELL, Daniel (2004): *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, p.278. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Bogotá.

² RICO, José María - CHINCHILLA, Laura (2006); *Las reformas policiales en América Latina. Situación, problemas y perspectivas*, pp.216 y ss. Instituto de Defensa Legal - Open Society Institute, Perú.

ausencia de un diagnóstico que permita establecer *qué policía tenemos* para, desde allí, definir *qué policía queremos*. El diagnóstico de situación y la definición política del modelo de policía que se pretende realizar deben ser los ejes en base a los cuales se definan los cambios al orden jurídico.

Por otro lado, tal como veremos, pese a que la propia Exposición de Motivos del Proyecto identifica graves fallas en la actuación policial, las soluciones propuestas se dirigen a *modificar la ley para legalizar ciertas prácticas policiales*, en lugar de *adecuar las prácticas ilegales o arbitrarias al actual marco normativo*, nacional e internacional.

1.3. Principios orientadores de la estructura y el desarrollo de la institución policial

La institución policial es una estructura del Estado fuertemente jerarquizada, verticalizada y centralizada.

La democracia y el Estado de derecho imponen ciertos principios rectores que deben guiar a la institución policial. Entre estos, deben diferenciarse los principios fundamentales de aquellos principios relacionados a la organización y funcionamiento, con miras al diseño de una política integral³.

Entre los principios fundamentales cabe destacar que la policía debe:

- Estar al servicio de la comunidad;
- Ser democrática en su estructura y funcionamiento (someterse a la ley, respetar los derechos humanos y rendir cuentas a la sociedad);
- Ser un servicio profesional (carrera, formación, promoción, etc.).

Entre los principios que hacen a la organización y funcionamiento cabe mencionar que la policía debe:

- Desmilitarizarse, adoptando un perfil cada vez más cercano a la sociedad civil;
- Despolitizarse (independizar sus funciones en relación con partidos y líderes políticos);
- Descentralizarse y simplificar sus servicios.

1.4. Reformas legislativas bajo la impronta de la (in)seguridad ciudadana

Existe una presión social y política que coloca a la inseguridad en un problema central y urgente.

La respuesta institucional, tal como ha operado desde 1992 con la reimplantación de las medidas de seguridad eliminativas (ley N° ...) y se

³ RICO – CHINCHILLA, ob.cit., pp.207 y ss.

manifestó claramente en 1995 con la sanción de la llamada "ley de seguridad ciudadana" (Nº 16.707), consiste en el *endurecimiento del instrumento punitivo* mediante nuevas tipificaciones y aumentos de penas.

El circuito generado entre *inseguridad y reforma legal* es descrito por Mariano Ciafardini en su epílogo al clásico libro de Lea y Young⁴. La idea central es que se ingresa en una política circular: surge el reclamo de seguridad, se recoge el planteo a nivel político, se nombra una comisión de expertos que redacta un Proyecto de ley, se aprueba la ley, se calman las aguas por un tiempo, hasta que en un momento determinado surge algún otro reclamo que da lugar al mismo proceso (Ciafardini, 2001: 283). Esto explica por qué desde 1995 las reformas legales en materia penal se han caracterizado por la *pérdida de garantías* y el *endurecimiento de la reacción penal*, todo lo cual desemboca en una legislación especial cada vez más profusa y difusa, observándose además importantes deficiencias técnicas que dificultan su aplicación por parte de los operadores de justicia penal.

El actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, Raúl Zaffaroni, señala un factor ideológico en el actual discurso de seguridad ciudadana y su función de reemplazo de la doctrina de la seguridad nacional:

"... la llamada ideología de la seguridad nacional ha sido archivada, pero está siendo reemplazada por un discurso público de seguridad ciudadana como ideología (no como problema real, que es algo por completo diferente). A esta transformación ideológica corresponde una transferencia de poder, de las agencias militares a las policiales. Aunque formulada de modo inorgánico, dado el peso de la comunicación social sobre las agencias políticas y la competitividad clientelar de la última, esta difusa perspectiva preideológica constituye la base del discurso vindicativo, que se erige como una de las más graves amenazas al estado de derecho contemporáneo. La imagen bélica del poder punitivo tiene por efecto: a) incentivar el antagonismo entre los sectores subordinados de la sociedad; b) impedir o dificultar la coalición o el acuerdo en el interior de esos sectores; c) aumentar la distancia y la incomunicación entre las diversas clases sociales; d) potenciar los miedos (espacios paranoicos), las desconfianzas y los prejuicios; e) devaluar las actitudes de respeto por la vida y la dignidad humanas; f) dificultar las tentativas de hallar caminos alternativos de solución de conflictos; g) desacreditar los discursos limitadores de la violencia; h) proyectar a los críticos del abuso del poder como aliados o emisarios de los delincuentes; i) habilitar la misma violencia que respecto de aquéllos" (Zaffaroni, Slokar y Alagia⁵, 2000: 17).

La propuesta de incorporación al orden jurídico de detenciones sin control judicial previo y otras modificaciones al estatuto de la detención, los cambios al régimen del allanamiento de morada, la generalización del uso

⁴ LEA, John, YOUNG, Jock (2001); *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro (2000); *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires.

del instituto de la incomunicación (extendiéndolo incluso a víctimas y testigos) y una mayor preocupación por las faltas -entre otras cuestiones que aparecen en el Proyecto- son una manifestación del Estado policial, que como todo poder tiende a expandirse, pese a encontrarse -según la plástica imagen de Zaffaroni- "encapsulado" por el Estado de derecho. De este modo, los impulsos represivos del Estado policial intentan legitimarse mediante el procedimiento de la reforma legal.

Cabe destacar que si bien el Estado policial es ineliminable de cualquier forma de organización del poder (autoritaria o democrática), también es susceptible de control (mediante normas y prácticas que establezcan límites). A su vez, tales límites sólo pueden tener esperanzas de efectividad en el marco del Estado de derecho, que es el ideal social más acabado del *máximo control posible sobre cualquier manifestación de poder*, por y para todas las personas, sin discriminación de especie alguna.

El texto al que nos enfrentamos no constituye la excepción a esta tensión entre el poder y su control, inmanente al debate sobre seguridad. Cambiar el signo desde donde se enfocan y abordan los conflictos no parece ser la impronta de la propuesta. A pesar de que el gobierno ha afirmado que no promulgaría una nueva ley que inunde las cárceles de presos, los hechos y los Proyectos presentados indican y auguran lo contrario (téngase presente que pese a la declaración de emergencia humanitaria en la cárceles y la posterior ley de humanización del sistema carcelario, actualmente la población reclusa es de más de 7.000 personas, la más alta de la historia del país).

El problema central es, a nuestro juicio, el de la incontrolada cantidad de presos (producto, como hemos dicho, de sucesivas reformas legales de "mano dura" con la delincuencia de la calle) problema que hasta el momento no ha recibido una respuesta satisfactoria de parte del Estado. Antes que preocuparse por disminuir el número de presos (p.ej mediante una legislación eficaz sobre medidas alternativas), se ha optado por legitimar prácticas policiales, pese a reconocerse -en la propia Exposición de Motivos- que las mismas coliden con el marco normativo vigente.

En el fondo, enfrentarse al debate sobre la seguridad desde una perspectiva republicana de los conflictos sociales -que fortalezca la deliberación pública, incluyendo la voz de todos los afectados- puede servir para definir *cuánta democracia* queremos y qué *modelo de sociedad* construimos.

2. La justificación del Proyecto

2.1. Razones invocadas

De acuerdo a la Exposición de Motivos, han sido diversas las razones que justifican el Proyecto:

a) Mejorar la seguridad ciudadana.

b) Crear un marco normativo consolidado que establezca reglas claras para la actuación policial. La existencia de dichas reglas tendría un doble efecto:

evitar "*prácticas de dudosa legalidad aplicadas discrecionalmente*" por la policía, y a la vez, brindarle a los jueces herramientas jurídicas que permitan un respaldo "*más eficiente*" de sus resoluciones.

c) Hacer lugar a un "*reiterado planteo*" de la Policía, en cuanto a la "*necesidad de contar con un marco normativo, con estatus legal, que especifique y reglamente su actuación*".

2.1.1. La seguridad ciudadana y su "mejoramiento".

"Seguridad ciudadana" es un término instalado en el discurso oficial de las políticas criminales del Uruguay a partir de la ley 16.707 (conocida, justamente, como "ley de seguridad ciudadana"). Su aprobación fue justificada en el marco de la "governabilidad" y votada por los cuatro partidos con representación parlamentaria. Su promesa central era "mejorar" la seguridad ciudadana, lo que se lograría mediante el incremento de penas y la tipificación de nuevos delitos.

Sin embargo, al día de hoy el fracaso de tal política es innegable. El aumento de la represividad no logró cumplir con el objetivo proclamado. Ni la ley de seguridad ciudadana, ni las reformas penales aprobadas a partir de 1995 lograron los fines propuestos.

En buena medida, ello se debe a que el discurso punitivo sobre la "seguridad ciudadana" es esencialmente *ambiguo*. Si bien refiere claramente a un *tipo de criminalidad* (la criminalidad de la calle), reconoce un componente subjetivo (la sensación de inseguridad, que puede basarse en datos empíricos o prescindir absolutamente de ellos) y uno objetivo (la inseguridad en sí misma, considerada como el aumento del número de delitos, y por tanto, del riesgo efectivo de que cada vez más personas sean víctimas).

Ambos factores son difíciles de medir: el primero, al apelar a aspectos emocionales, meramente subjetivos; el segundo, por la imposibilidad estadística de conocer el número de delitos efectivamente cometidos, que no puede asimilarse a la cantidad de denuncias ni tampoco a los casos procesados por la justicia penal.

Ciertamente, es posible una visión democrática y participativa sobre seguridad ciudadana, pero no es esta la impronta del Proyecto.

El Proyecto, si bien no incluye nuevas tipificaciones ni aumenta penas, se *inscribe en el mismo discurso sobre seguridad ciudadana de la legislación penal de los últimos quince años*, aunque ahora justificado sobre la base de una supuesta "necesidad" de dotar de mayores poderes a la policía a efectos de realizar más eficazmente las tareas de prevención y represión de los delitos de la calle.

La Exposición de Motivos del Proyecto de ley de procedimientos policiales⁶ reconoce explícitamente que la policía toma "*decisiones en forma subjetiva, lo que redundará en la aplicación de diferentes soluciones a situaciones similares, comprometiendo las necesarias seguridades que deben otorgarse, en general, a todas las personas que habitan en la República y, en particular, a los integrantes del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional*".

A lo anterior se suma el reconocimiento de los legítimos reclamos de los beneficiarios del servicio policial respecto de su funcionamiento: "*demora o inexistencia de respuesta; el trato inadecuado en dependencias policiales; casos de abuso policial o de intromisión indebida en la esfera privada (que pueden verificarse en casos de identificación o registro personal, privación de libertad, ingreso, registro o allanamiento de morada)*".

Estas afirmaciones constituyen un explícito reconocimiento de que *las instituciones estatales son parte del problema de la inseguridad*, aspecto esencial del asunto, que no se ve reflejado en las soluciones normativas, que giran en torno al *aumento de poderes de esa misma policía* cuyo funcionamiento real se cuestiona en la propia Exposición de Motivos⁷.

En ese contexto, se atribuye a la ausencia de reglas claras el fomento de "*prácticas de dudosa legalidad aplicadas discrecionalmente por la autoridad*", que el Proyecto de ley claramente legaliza, lo que es preocupante. Si se parte de la base de que hoy existen prácticas policiales "*de dudosa legalidad*", lo que debe hacerse es adoptar medidas para corregirlas, en lugar de establecer un marco legal que habilite una mayor discrecionalidad a la policía, pues de este modo se están legitimando –a través de un más amplio marco legal– aquellas mismas prácticas que son criticadas. La solución normativa no puede ser la de "legalizar" aquellas prácticas que hoy son de "dudosa legalidad", pues razonando de esa manera se podría llegar a legitimar –a través de la ley– cualquier práctica policial, por más aberrante que sea.

Insistimos: el reconocimiento de la existencia de prácticas de "dudosa legalidad" debería llevar a las autoridades a adoptar las medidas necesarias para corregirlas, y no a establecer un nuevo marco normativo que las "legalice".

Por otra parte, la consecuente disminución de garantías individuales en diversas áreas del Proyecto contradice francamente las declaraciones de

⁶ Cuya denominación original era *Código de Procedimientos Policiales* (según versión del texto de 1º de mayo del corriente año).

⁷ Es interesante reparar en que las dos cuestiones que la exposición de motivos destaca o enfatiza especialmente (se emplean los giros "*se hace especial mención*" y "*se destacan*") son, justamente, aquellas disposiciones relativas a las torturas en dependencias policiales (art. 15) y al incumplimiento por los funcionarios policiales de la normativa establecida (arts. 171 y 172) y que incorporan guiños progresistas (que operan como elementos distractores) a un texto que admite todas las críticas que habitualmente se realizan a los discursos de emergencia (al respecto, ver Zaffaroni, E. Raúl (2005); "La estructura del discurso penal", en *Revista de Derecho Penal*, Nº 15, pp. 231-240. FCU, Montevideo).

respeto -por parte de la Policía- a los derechos humanos, que integran los principios de actuación policial establecidos en el artículo 4.

2.2. El camino de la ley

En la justificación del Proyecto se señala enfáticamente la importancia que se le asigna a la reglamentación mediante una ley a diferencia de anteriores reglamentaciones por vía de decreto⁸.

La fuerza simbólica que se le atribuye a la ley, como instrumento propio de la democracia representativa, constituye en este caso un argumento muy peligroso, pues se pretende que *el solo rango (formal) de ley garantice el contenido de la solución normativa*.

Más bien, se hecha mano a la ley como instrumento normativo "no autoritario" (no se acude "*al decretazo*", ha dicho el ex Ministro José Díaz), pero se termina reflatando el contenido de normas que han sido derogadas (como es el caso del Decreto 690/80), pero ahora con rango de ley.

Los atributos con los que se autodefine el Proyecto de ley ("texto claro y preciso", que regula el accionar de una Policía que es "auxiliar de la justicia", "cuyas prácticas se circunscriben a la Constitución y la ley y al respeto de los derechos humanos", "necesaria para la convivencia democrática", etc.), contrapuestos a las prácticas policiales subjetivas, discrecionales y riesgosas, tienden a provocar en el lector la sensación de que la aprobación de esta ley de procedimientos policiales sería adecuada como respaldo del accionar policial. Sin embargo, se han soslayado las graves incompatibilidades entre el texto propuesto y diversas normas legales, constitucionales e internacionales sobre derechos humanos.

2.2.1 ¿Ley o Reglamento?

Debemos indicar también que incorporar en esta ley aspectos que están relacionados a la cotidianeidad o a aspectos rutinarios del instituto policial excede y desvirtúa el sentido que debe tener la ley dentro del ordenamiento jurídico. Existen numerosos pasajes del Proyecto que deberían ser considerados mediante una reglamentación específica que establezca directivas relacionadas con la actuación interna del servicio policial.

Por lo tanto, en términos de *técnica legislativa*, vemos inconveniente elevar a un rango legal cuestiones propias de aspectos funcionales internos de la policía (por ejemplo los artículos 9, 10, 11, 50, 51, 55, 81, 82, 83, 100, 155, 156, 157, 158, 168, 169 y 170); sobretodo tratándose de una ley en la que, según la Exposición de Motivos, se depositan demasiadas expectativas.

2.3. La presencia del dogma de la univocidad de sentido

⁸ Sin embargo, es oportuno recordar que la esencia de lo previsto en el Decreto 690/80 ("detención en averiguaciones"), recientemente derogado, permanece en el art. 48.2 del Proyecto y, en alguna medida, en el art. 43.

De la Exposición de Motivos surge que la interpretación por los jueces de que en muchos casos el comportamiento policial no se ajusta a derecho se atribuye a "*la ausencia de un cuerpo consolidado*⁹ (...), a la existencia de vacíos legales" y a "*diferentes conocimientos adquiridos profesionalmente por el magistrado y el funcionario policial*".

Dichas afirmaciones constituyen, aparentemente, parte fundamental de la justificación de la impronta del texto propuesto por el Ministerio del Interior. Sin embargo, las soluciones normativas se encaminan a legitimar prácticas policiales existentes, en lugar de adecuarlas a la ley, la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos.

II. Posición de IELSUR sobre el Proyecto.

El Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), considera inconveniente aprobar este Proyecto de ley por considerar que *rebaja sustancialmente* los derechos y garantías individuales, los estándares mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos al que nuestro país adhiere, así como principios constitucionales fundamentales.

Visualizamos una contradicción inmanente en el Proyecto y es la de ser *menos garantista que el Código de Proceso Penal vigente*, ley creada en el periodo de la dictadura cívico-militar. Aún en ese oscuro contexto, el CPP resguarda ciertas garantías fundamentales, como el control jurisdiccional previo a muchas de las acciones de la policía, así como las garantías que caracterizan institutos como la incomunicación y la detención.

El Proyecto, por el contrario invierte esta lógica, haciendo primar la acción policial por sobre el "control judicial", siempre posterior, y degradado a meras comunicaciones al Juez, el que –en los hechos- no podrá ejercer un control judicial efectivo.

Es, en el fondo, la lógica de la actuación policial sin control judicial previo y de la detención de sospechosos del Decreto 690/80, que ahora este Proyecto viene a reflotar con rango de ley.

Dado que se produce una rebaja de derechos y garantías constitucionales, en violación a estándares internacionales, instaurándose la lógica de la actuación policial sin control judicial como regla, el Proyecto constituye una verdadera *amenaza para el Estado de derecho*.

Vale recordar que en materia de derechos humanos rige el *principio de no regresividad*, según el cual, cuando una norma –de cualquier rango- establece un derecho en favor de la persona humana, este no puede ser limitado ni restringido por otra norma, de cualquier rango, y aún siendo posterior en el tiempo. Este Proyecto, al rebajar garantías, estaría –justamente- quebrando el referido principio, lo que debe llamar seriamente la atención de los legisladores, puesto que de este modo, no solamente se

⁹Aquí aparece la idea original de sancionar un Código de Procedimientos (hoy Ley de Procedimiento Policial).

afectarían derechos fundamentales sino también se compromete la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional.

Por ello consideramos que en lugar de aprobarse este Proyecto, debería actualizarse la Ley Orgánica Policial e incluso esperar la aprobación del nuevo Código del Proceso Penal pues como veremos, muchas de las normas proyectadas coliden o se superponen en materia que le es propia al proceso penal.

II. Los aspectos más preocupantes del Proyecto.

Señalamos a continuación los aspectos más preocupantes:

II. 1. ALLANAMIENTOS

El Proyecto modifica varios artículos del Código del Proceso Penal, con soluciones inconstitucionales.

Este es el caso del art.123 del Proyecto, en cuanto establece:

“En horas de la noche, además de la orden judicial, se requiere el consentimiento de la persona adulta jefe o jefa de hogar (Artículo 11 de la Constitución de la República)”.

Es inconstitucional porque el art.11 Constitución establece:

“El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe ...”.

La Constitución establece una prohibición absoluta para el ingreso al hogar en horas de la noche (“nadie podrá entrar en él”). Esto quiere decir que “nadie” -ni siquiera la autoridad judicial- puede librar una orden que habilite el ingreso a un hogar en horas de la noche.

Esto es consecuencia de la especial protección del hogar (es un “sagrado inviolable”) en nuestro régimen constitucional, aspecto que la doctrina constitucionalista –desde Jiménez de Aréchaga a la fecha- ha tratado en detalle, por lo que no caben mayores consideraciones.

Por lo tanto, de aprobarse el texto como está, si un Juez libra una orden judicial para un allanamiento nocturno, la misma será –sin duda alguna- inconstitucional.

Obsérvese que en la práctica, dicha inconstitucionalidad acarreará la *nulidad* de todas las diligencias realizadas por la Policía en la morada durante la noche.

Téngase presente que de aprobarse la modificación propuesta, el actual art.202 CPP quedaría derogado, cuando en realidad resuelve la cuestión en total armonía con la Constitución.

Y recuérdese que el CPP vigente fue aprobado durante el régimen de facto, con lo que nos encontramos con la paradoja de que *un gobierno democrático estaría aprobando una ley que rebaja garantías, en relación a la normativa aprobada por un régimen de facto*¹⁰.

Téngase presente que esta inconstitucional intromisión en el hogar constituye además una violación al art.11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en cuanto establece:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio ...”

No hay duda que el ingreso al hogar en horas de la noche, al ser inconstitucional, constituye una “injerencia arbitraria o abusiva” en la vida privada y el domicilio que viola el art.11.2 de la CADH.

Por lo tanto, de aprobarse el artículo, se compromete la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional.

El art.124 del Proyecto establece:

“La policía deberá conducir a dependencias policiales a las personas presuntamente involucradas en hechos delictivos, que se encuentren en la morada allanada, aunque la orden de allanamiento no incluya la orden de detención, dando cuenta de inmediato al Juez competente, conforme al artículo 6º de la presente ley”.

Es inconstitucional porque permite la detención policial sin orden judicial, fuera de las hipótesis de flagrancia, por un mero estado de “sospecha”.

El art.15 Constitución establece:

“Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”.

Como es sabido, según la Constitución, cualquier persona puede ser detenida (esto es, privada de su libertad) en dos supuestos: que exista un delito flagrante o que exista semiplena prueba, en este último caso contando con orden escrita de Juez competente.

Pues bien, el art.124 Proyecto autoriza -en forma inconstitucional- a detener a una persona “presuntamente involucrada en hechos delictivos”, por el mero hecho de encontrarse en la morada allanada; y aún cuando la orden de allanamiento librada por el Juez no haya incluido la orden de detención.

En los hechos, esto significa que la valoración sobre ese “estado de sospecha” (persona “presuntamente involucrada”) la hace en su totalidad la

¹⁰ Esta rebaja de garantías del Proyecto en relación al CPP (aprobado durante el régimen de facto) es una constante del Proyecto, aunque nos limitaremos a señalar en este Informe los casos más preocupantes.

Policía. Es la Policía –sin control judicial- la que califica si esa persona presente en el allanamiento es “sospechosa”, y por tanto, es esa misma Policía –sin control judicial- la que decide disponer la detención.

La detención del sospechoso por decisión exclusivamente policial se producirá aunque la orden judicial de allanamiento no haya establecido la posibilidad de detener, lo que resulta más grave aún, por cuanto se incrementa notoriamente el poder de la policía, sin control alguno.

El art.201 CPP regula en forma muy superior –y sin contradecir la Constitución- el instituto del allanamiento.

Téngase presente que la privación de libertad de ese sospechoso, al ser inconstitucional, viola el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En especial, el Proyecto viola el art.7.2 CADH, en cuanto establece:

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Por lo tanto, como es lógico, si la Constitución establece ciertos requisitos para la detención que luego son vulnerados por la ley inconstitucional (como sucede con este art.124) no se tratará de una ley dictada “conforme” a la Constitución, y por tanto, se incurrirá en *violación al derecho a la libertad personal* tal como está previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la práctica, el juego de los artículos 123 y 124 puede causar una doble inconstitucionalidad, en el caso que la Policía ingrese en horas de la noche a un hogar y proceda a la detención del “presuntamente involucrado”, esto es, del sospechoso. Se violaría en este caso el art.11 Constitución por el allanamiento nocturno y el art.15 Constitución por la detención del sospechoso.

Y en el caso concreto, esta suma de inconstitucionalidades se traduce –indefectiblemente- en la *nulidad absoluta de todas las actuaciones policiales*.

El art.125 del Proyecto establece que si al momento de realizarse el allanamiento “no se encuentran personas mayores de edad en la misma o en caso de ausencia total de sus moradores”, la Policía puede ingresar por la fuerza, debiendo realizar el procedimiento el personal superior.

Nuevamente, se deja en manos de la Policía la realización de la diligencia, sin control judicial (ni previo, ni durante su realización). Resulta preocupante pensar en las múltiples situaciones que se pueden dar cuando son menores de edad los que se encuentran en la “vivienda”¹¹ y deban enfrentar el accionar policial. También es altamente riesgoso prever que en

¹¹ Obsérvese el término: no es la “morada” o el “hogar” sino la “vivienda”.

caso de "ausencia total" de moradores la Policía pueda ingresar a la fuerza, puesto que también cabe imaginar múltiples situaciones en que se aguarde esa situación de ausencia para proceder al allanamiento, de modo de "adecuar" el procedimiento policial a la ley.

Téngase presente que, de aprobarse el Proyecto, la Policía ingresará por la fuerza a un domicilio, desplazándose a lo largo y ancho del mismo, sin que persona ni autoridad judicial alguna se encuentre controlando la diligencia. Esto será una *fuerza inagotable de nulidades*, puesto que no se cuenta con garantía alguna de la validez de la prueba obtenida por la Policía en forma clandestina.

El actual CPP no contiene una norma que confiera facultades tan amplias a la Policía.

El art.132 del Proyecto rebaja las garantías previstas en el art.202 CPP al establecer la posibilidad de ingresar por la noche a "lugares no destinados a morada".

El art.11 Constitución habla de "hogar", el que, en la interpretación del art.202 CPP comprende también a las "dependencias". Entendemos que esa interpretación del CPP se ajusta a la Constitución, por lo que la norma propuesta sería inconstitucional, al considerar que cualquier "lugar no destinado a morada" no integra el concepto constitucional de hogar.

Obsérvese que se amplían las potestades de la Policía, para calificar si determinado lugar del hogar está o no destinado a la "morada" (p.ej un garaje o un galpón).

El art.135 del Proyecto es *inconstitucional* porque habilita el ingreso a una morada sin el consentimiento del jefe o jefa de hogar, en clara contravención al art.11 Constitución.

El texto no menciona la orden judicial, por lo que debe interpretarse que en estos casos *es la Policía la que resuelve sin control judicial* (en base a los muy amplios criterios de "peligro cierto, grave e inminente respecto de los ocupantes"; o la "imposibilidad de evitarlo por otros medios"; o la finalidad de "evitar o detener la producción de un daño").

Al ser la Policía quien resuelve -por sí y ante sí- el ingreso, se contraviene el art.11 Constitución que exige orden judicial previa al ingreso (es decir, una resolución de un Juez, no de la Policía).

Las "circunstancias límites", las "razones de interés general", la "extrema necesidad" y la "ultima ratio" *serán evaluadas enteramente por la Policía*, por lo que el artículo puede constituirse en una fuente de arbitrariedades en el accionar policial, y sin control judicial previo -el literal d) establece una comunicación al Juez sobre los resultados de una diligencia ya efectuada-.

Peor aún, el artículo establece una *presunción de cumplimiento de la ley*, de modo que sea aún más difícil para el particular probar que hubo un exceso

o una mala actuación de parte de la Policía. Con esa presunción, todo lo actuado por la Policía quedará cubierto por el manto de la legalidad.

No se comprende qué quiere decir el giro "otorgadas las garantías del caso" del segundo inciso.

Al contravenir el art.11 Constitución se produce una "injerencia arbitraria o abusiva" en la vida privada y el domicilio de la persona, violando de este modo el art.11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como hemos señalado, si la ley que habilita el ingreso a una morada es inconstitucional, estamos ante una "injerencia arbitraria o abusiva", y por tanto, violatoria de derechos humanos establecidos en la CADH.

Finalmente, cabe aclarar que si lo que se pretendió regular era el ingreso de la Policía a morada en situaciones extremas (como p.ej un incendio o salvar a una persona cuya vida corre riesgo) no era necesaria una modificación legislativa, como la que se pretende, que en realidad, dada su amplitud se puede prestar a intervenciones abusivas.

II. 2. DETENCIONES E INCOMUNICACIONES

En esta materia los artículos 47 y 48 del Proyecto introducen una *distinción artificial* entre *detenido* y *conducido*. La distinción es artificial (y sólo se explica en la terminología policial) puesto que todo conducido es, jurídicamente, un detenido.

En otras palabras, el acto de la conducción siempre es *posterior* a una detención previa (esto es, a una privación de libertad previa). La conducción es solamente el acto de trasladar físicamente al detenido. Lo jurídicamente relevante es que el individuo esté privado de su libertad personal, y no puede haber duda que el conducido está en situación de privación de libertad. La conducción es un aspecto policial menor que no incide en la situación jurídica del detenido¹².

Esto quiere decir que no solamente el art.47 del Proyecto regula la detención sin orden judicial sino también el art.48, aunque este no lo diga en su acápite (y aunque el título de la Sección III parezca indicar que se trata de dos situaciones jurídicas diversas).

Pues bien, el art.47 del Proyecto es *innecesario*, puesto que reitera las hipótesis ya reguladas en los arts.111 y 120 CPP.

En efecto, el art.47.1.a) es una copia textual del art.111 num.1 CPP.

El art. 47.1.b) es una copia textual del art.111 num.2 CPP.

¹² La artificial distinción entre detenido y conducido se reitera en otros artículos, como p.ej el 50 (estado de salud de detenidos o conducidos), el 51 (libretas policiales de detenidos y conducidos), 56 (alojamiento de detenidos y conducidos) todo lo cual revela que *en el lenguaje del Proyecto predomina la jerga policial*. Por lo tanto, si el Proyecto se transforma en ley, el lenguaje legal será el de la jerga policial.

El art.47.1.c) es una copia textual del art.111 num.3 CPP.

Finalmente, el art.47.2 es una copia textual del art.120 num.2 CPP.

No se ha regulado la hipótesis del art.120 num.1 CPP, para la cual seguiría vigente el CPP.

Por lo tanto, si el Proyecto deviene en ley, algunas hipótesis de detención judicial sin orden quedarán reguladas (en forma reiterativa) por la nueva ley y otras (como la ya mencionada del art.120 num.1 CPP) se seguirán rigiendo por el CPP.

Esto conspira contra una adecuada técnica legislativa, puesto que las diversas hipótesis legales que habilitan la privación de libertad por parte de la Policía se encontrarán *dispersas* en el orden jurídico, en lugar de encontrarse sistematizadas en un único cuerpo legal, lo que debilita la seguridad jurídica (no hay dudas que la dispersión legislativa genera inseguridad jurídica).

Sin embargo, esto no es lo más relevante.

Lo importante está en el art.48, que *en forma solapada vuelve a instaurar en el orden jurídico el Decreto 690/80, aunque ahora con rango legal.*

Esto no deja de ser preocupante, dadas las sobradas y conocidas críticas al Decreto 690/80, que fue derogado hace poco tiempo, justamente, por el argumento de que habilita una situación inconstitucional: la detención policial del sospechoso. Es más, se ha utilizado reiteradamente el argumento de que *esa detención policial es un instituto no democrático*, siendo el Decreto 690/80 una clara imagen relacionada con el régimen de facto.

Pues bien, el art.48 del Proyecto establece:

“(Conducción policial de personas eventualmente implicadas en un hecho delictivo).

- 1) La policía deberá conducir a dependencias policiales a cualquier persona si cuenta con motivos suficientes o fundados sobre su participación en un hecho con apariencia delictiva recientemente acaecido y exista riesgo de que pueda fugarse del lugar donde el mismo se ha cometido, o incidir sobre eventuales elementos probatorios. En todo caso se dará cuenta de inmediato al Juez competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de la presente ley.*
- 2) Fuera de la hipótesis de conducción incorporada al inciso anterior, en procedimientos de averiguación de hechos ilícitos, la policía no podrá detener a ninguna persona eventualmente implicada en los mismos ni conducir a testigos que se nieguen a conducir voluntariamente a dependencias policiales, sin la correspondiente orden del Juez competente”.*

Para descubrir su verdadero sentido, el confuso artículo merece una cuidadosa lectura.

En primer lugar, el acápite dice que está regulando la "conducción policial de personas eventualmente implicadas en un hecho delictivo".

Teniendo en cuenta que -como hemos visto- el conducido es, técnicamente, un detenido, el artículo estaría regulando entonces las hipótesis de detención de personas eventualmente implicadas en un delito, por sola decisión de la Policía (si la Policía conduce es porque previamente detuvo).

"Personas eventualmente implicadas" es una copia textual del Decreto 690/80, que preveía en su art.1 la posibilidad de conducir a "eventuales implicados o testigos" a dependencias policiales.

Pasando en limpio entonces, el art.48, en realidad, regula hipótesis de *detención de personas sospechosas por sola disposición policial; esto es, sin orden judicial*.

Veamos ahora en qué casos procede la detención de sospechosos por exclusiva decisión de la Policía:

Numeral 1:

Se regula, sin duda alguna, la *detención policial del sospechoso*; esto es, la misma hipótesis del Decreto 690/80 pero ahora con *rango de ley*.

El art.1 del Decreto 690/80 establecía:

"En los procedimientos administrativos de averiguaciones de delitos, en caso de negativa de eventuales implicados o testigos a concurrir voluntariamente a las dependencias policiales, la autoridad policial podrá disponer las medidas de conducción correlativas a la situación planteada y mantener en aquellas a las personas aludidas, siempre con la finalidad de obtener la información que fuese posible

Lo sustancial del Dec.690/80 era la posibilidad de conducir a "eventuales implicados o testigos" a dependencias policiales. En definitiva, el Dec.690/80 preveía la detención de toda persona sospechosa, e incluso de testigos (situación que, como veremos también el Proyecto habilita).

Pues bien, dejando de lado la situación del testigo (que analizaremos más adelante), el art.48.1 del Proyecto prevé la posibilidad de conducir a toda persona -cuando a criterio de la Policía- se tengan "motivos suficientes o fundados sobre su participación en un hecho con apariencia delictiva". Esta última referencia final es una sutileza que no cambia la cosa: *quien decide si hay "motivos suficientes o fundados" es la Policía por sí y ante sí, y no un Juez*.

En definitiva, el concepto es el del acápite del art.48.1: se habilita legalmente la posibilidad de conducir a dependencias policiales a "personas

eventualmente implicadas" (es decir, a todo sospechoso). Se reitera hasta la terminología del Decreto 690/80.

En síntesis, *el Proyecto (al igual que el Dec.690/80) habilita la detención policial de todo sospechoso de haber participado en un delito.*

Veamos con más detalle aún.

La Policía "deberá" (obsérvese el imperativo) detener y conducir a cualquier persona:

"si cuenta con motivos suficientes o fundados sobre su participación en un hecho con apariencia delictiva".

Lo que viene después es irrelevante, puesto el artículo refiere a que ese delito haya "recientemente acaecido y exista riesgo de que pueda fugarse (...) o incidir sobre eventuales elementos probatorios". Es irrelevante puesto que la indeterminación y amplitud de tales hipótesis remite a *una valoración que queda pura y exclusivamente en manos de la Policía*¹³. ¿Qué quiere decir "recientemente acaecido"? ¿Con qué criterios la Policía determina el "riesgo de fuga" o de incidir en "eventuales" (obsérvese, "eventuales") elementos probatorios?

El control judicial posterior será absolutamente inefectivo para juzgar si *en el momento de la detención* (esto es lo clave) la Policía actuó bien o mal.

La lógica es la siguiente: la Policía detiene (y luego conduce) al sospechoso porque a su juicio hay "motivos suficientes o fundados sobre su participación en un hecho con apariencia delictiva".

¿Qué diferencia hay con la detención en averiguaciones? Sencillamente ninguna, puesto que no se comprende para qué la Policía va a detener y conducir a una persona si no es para indagarla por su participación en un hecho con apariencia delictiva.

Si no la va a indagar, entonces el procedimiento policial carece de motivo y *la detención es arbitraria* (en violación al art.15 Constitución y art.7.2 CADH).

Si lo que se busca es un marco legal para la detención de cualquier sospechoso, para luego comunicarle al Juez, para que a su vez este habilite la indagatoria policial, entonces la situación tampoco varía sustancialmente en relación al Decreto 690/80, que también preveía el dar cuenta a la justicia posteriormente a la actuación policial en el art.2.

¹³ La delegación en la Policía de los máximos poderes posibles (de valoración y de decisión), dejando en un segundo plano el "control judicial" (en realidad, una degradación del control, puesto que se limita, en general a una simple comunicación posterior a la acción policial) es la *tónica monocorde* de la totalidad del Proyecto; y, por tanto, la clave de lectura de todo el articulado.

Téngase presente que en la práctica el Juez resuelve “teléfono en mano”, en base –exclusivamente- a la versión policial, así que no se visualizan cuáles son sus efectivas potestades de control de todo lo actuado anteriormente por la Policía.

Obsérvese que la lógica dar cuenta a la justicia posteriormente a la actuación policial (característica de todo el Proyecto) *se inscribe en la misma línea del art.2 del Decreto 690/80*, que justamente instauró esta perversa lógica de hechos consumados.

La experiencia enseña que por más que se comunique al Juez posteriormente, en los hechos la Policía actuó y el Juez carece de posibilidades de control real sobre esa actuación previa de la Policía (como hemos dicho, “actúa por teléfono”).

Es más, se puede sostener que este artículo 48.1 es *peor* que el Decreto 690/80, puesto que mientras el Decreto utilizaba el condicional “podrá”, el Proyecto utiliza el imperativo “deberá”.

Esto quiere decir que a partir de la ley la Policía va a tener una *obligación legal de detener a todo aquel que considere sospechoso*.

Si en su momento IELSUR afirmó que el Decreto 690/80 era contrario a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos, lo mismo debe decirse del artículo propuesto, pero ahora con más énfasis dado que *se viste de ropaje legal una situación fáctica inconstitucional*.

En definitiva, el art.48.1 del Proyecto, al habilitar la detención de todo sospechoso por decisión exclusiva de la autoridad policial es contrario al art.15 de la Constitución y al art.7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Numeral 2:

Se intenta crear la sensación que la persona no puede ser detenida en procedimientos de averiguación, en base a la artificial distinción entre detención y conducción (el sospechoso, como vimos, puede ser conducido, pero según el numeral 2, una persona no podría ser detenida para ser investigada).

Se dice expresamente que el testigo no puede ser conducido (parece ser, en claro sentido contrario al Decreto 690/80), pero en otra parte del articulado *el Proyecto habilita la detención del testigo*.

Esto se logra a través de una nueva *distinción artificial* entre *incomunicado* y *detenido*. Pese a que el Proyecto pretende distinguir el incomunicado del detenido (arts.74 y ss.), el incomunicado es, técnicamente, un detenido.

¿Cómo puede incomunicar la Policía a una persona que no ha sido privada de su libertad?

Al igual que con la conducción, la incomunicación es un acto *posterior* a la detención que consiste –como la palabra lo dice– en privar de la posibilidad de comunicación a una persona. O más técnicamente (como el propio art.75 lo dice, una “medida de coerción personal” que le impide tener contacto de cualquier tipo con cualquier persona). Y es evidente que *esa medida de coerción personal consistente en la incomunicación no puede disponerse sobre una persona que no haya sido previamente detenida*.

Por lo tanto, el art.74, al posibilitar la incomunicación del testigo, está posibilitando la *detención del testigo*.

Nuevamente, la misma solución del Decreto 690/80 pero ahora con rango de ley.

En síntesis, de aprobarse el Proyecto, el Decreto 690/80 –hoy derogado– cobrará rango de ley. Y a esta altura huelga explicar por qué esto sería inconstitucional e incompatible con la normativa de derechos humanos ratificada por Uruguay.

Pero si vamos a los artículos 74 a 76 del Proyecto veremos que se va más lejos aún que el Decreto 690/80, al habilitarse la detención de:

- Testigos que puedan afectar la indagatoria o incidir sobre elementos probatorios (art.74, la referencia a “medida de urgencia” es irrelevante porque la “urgencia” la dispone la propia Policía y es un concepto indeterminado);
- La víctima si el Juez así lo dispone (art.76 del Proyecto).

Este último supuesto es, realmente, increíble. Uruguay ha sido observado reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la falta de participación a la víctima en el proceso penal. Además, en su Informe 29/92 sobre Uruguay, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el acceso a la jurisdicción de la víctima deviene en un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal” (párr. 41 del Informe 29/92). Actualmente existe una Comisión de Reforma del Proceso Penal que, justamente, debate como tema central el de la participación de la víctima en el proceso penal.

Sin embargo, la solución del Proyecto es *habilitar a un Juez que disponga la detención de la víctima*, “si su testimonio fuera importante para el resultado de la investigación”.

Si bien resulta difícil imaginar que algún Juez pueda disponer semejante inconstitucionalidad, lo cierto es que la ley prevé esa posibilidad, que no es otra cosa que una privación arbitraria e inconstitucional de la libertad personal respecto de la víctima (y por tanto, violatoria del art.7.2 CADH).

Por otro lado, obsérvese la preocupación –propia de la lógica policial– por darle un alcance amplísimo a la incomunicación, al aclarar expresamente en el artículo 75 del Proyecto que la misma abarca a:

“sus familiares, otros testigos, abogados defensores, víctimas o allegados entre otros”.

Para rematar, el art.77 del Proyecto establece que los familiares del detenido sólo pueden ser informado “del lugar y la hora de la detención”, pero no de los motivos de la misma.

De este modo, se le quita al detenido toda posibilidad de procurar los medios para defenderse, dado que ninguna persona ajena a la detención (ni los familiares, ni el Defensor) pueden tener contacto alguno ni conocer las razones de la detención mientras se encuentra en dependencias policiales.

III. 3. OBLIGACIÓN DE IDENTIFICARSE

El art.43 del Proyecto establece:

“(Solicitud de identificación). En el marco de procedimientos que tienen por objeto la detención de personas requeridas por la Justicia competente; fugadas estando ya procesadas o condenadas; o presuntamente vinculadas a hechos delictivos recientemente acaecidos, la policía puede solicitar la identificación correspondiente.

A los efectos de confirmar la identidad manifestada por una persona, la policía podrá requerirle la exhibición de su cédula de identidad, credencial cívica, libreta de conducir o cualquier otro tipo de documento idóneo para tal fin.

Cuando una persona se niegue a identificarse (artículo 360, numeral 6º del Código Penal), deberá ser conducida a la dependencia policial, y se dará cuenta de inmediato al Juez competente en los términos establecidos en el artículo 6º de la presente ley.

En caso que la persona presente un documento identificatorio sobre el cual la policía tenga motivos suficientes o fundados para dudar de su validez, podrá ser conducida a la dependencia policial correspondiente con la finalidad de confirmar su identidad, enterándose de ello de inmediato al Juez competente, en los mismos términos del inciso anterior”.

Obsérvese el art.43.1 del Proyecto.

Establece que “En el marco de procedimientos que tienen por objeto la detención de personas (...) la policía puede solicitar la identificación correspondiente”.

El texto no es claro, pero parece decir que la policía puede solicitar (en el marco de un procedimiento policial) la identificación a cualquier persona, aún de aquella que no sea sospechosa.

Por supuesto, en el caso de la “detención de personas (...) presuntamente vinculadas a hechos delictivos recientemente acaecidos”, se vuelva a usar la terminología del Decreto 690/80, pero ahora con rango legal.

La lógica es la siguiente: la Policía pide que esa persona cualquiera (no necesariamente un "sospechoso") se identifique.

Si la persona se niega (art.43.2) "deberá ser conducida" (esto es, previamente detenida), dando cuenta al Juez.

Se cita el art.360 num.6 CP erróneamente, pues este no usa el término "identificarse" como "exhibir la cédula de identidad" sino simplemente a *manifestar sus datos identificatorios*. Como por regla, las personas no son "sospechosas", la autoridad debe hacer fe en la veracidad de lo que la persona declara.

En otras palabras, *el marco legal actualmente vigente no impone a las personas la obligación de portar documentos identificatorios sino solamente a identificarse debidamente ante cualquier autoridad (no sólo la Policía)*.

El art.360 num.6 establece que comete una falta aquel que "rehusare dar su nombre, estado, vecindad o cualquier otro antecedente relativo a su identidad personal, o los diere falsos". Esto es, refiere a la *obligación del particular de declarar en forma veraz acerca de su identidad*, no de exhibir documento alguno que la justifique (pues esto sería tratar a todas las personas como sospechosas, como lo hace el Proyecto).

Pero obsérvese que la Policía no sólo puede detener a quien se niega a exhibir la cédula de identidad u otro documento identificatorio, sino también a aquel respecto del cual "tenga motivos suficientes o fundados para dudar" de la validez del documento (art.43.4).

En este último caso la persona "podrá ser conducida a la dependencia policial" (para lo cual debe ser previamente detenida).

Dado que es la Policía la que resuelve por sí y ante sí, cuándo se dan esos "motivos suficientes o fundados para dudar", entonces se habilita la detención de cualquier persona que -según la Policía- no tenga la documentación "en forma".

En buen romance, el art.43 del Proyecto *habilita la detención por el sólo hecho de no portar documentos o poseer un documento identificatorio "insuficiente" a criterio de la Policía*.

De este modo, *se transforma a toda persona en sospechosa*, en caso de no portar documentos o no tenerlos "en forma".

Nuevamente, se viola el art.15 de la Constitución y por ende el art.7.2 CADH.

Montevideo, 26 de setiembre de 2007.