



HONORABLE PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y
NOBLES MIEMBROS

Ref. Caso 12.315 - Alberto Fernández Prieto & Carlos Alejandro Tumbeiro vs. Argentina

EL INSTITUTO DE DEFENSA DEL DERECHO DE DEFENSA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), organización de la sociedad civil brasileña de interés público, inscrita en el CNPJ/MF bajo el nº 03.983.611-0001-95, con sede en la capital del estado de São Paulo, en la Av. Liberdade nº 65, 11º piso, cj. 1101, Brasil, en este acto representado por los presidentes de su consejo deliberativo y dirección (docs. 1), por su director de litigio estratégico, por sus asociados miembros del grupo de litigio estratégico y por su asesora de litigio estratégico (doc. 2), todos abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Brasil (Ordem dos Advogados do Brasil), con apoyo de los alumnos de la licenciatura en derecho de la FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS de São Paulo¹ , sobre la base del artículo 44 del

¹ Nuestros agradecimientos a los alumnos cuyas investigaciones posibilitaron este trabajo: Adolfo Francesco, Alessandro Marmonti, Ana Carolina Chiconi Malnarcic, Ana Carolina De Mello Said De Moraes, Ana Flávia Sorgini Peterlini, Ana Luiza Secco, Anna Flávia Magalhães Brito, Beatriz Girão Sinnes, Bruno Andre Grubits De Oliveira Freire, Caio Jannini Sawaya Oliveira, Carlos Eduardo Rahal R. De Carvalho, Chiara Mori Passoni, Clara Silva Batista, Estefany Rocha Monteiro, Felipe Cintra de Barros Ribeiro Conrado, Gabrielle Miky Inoue, Giovana Cavalca Meirelles Reis, Giovana De Oliveira Ibrahim, Giulia Dutra Mattioli, Giuliana Aversari Coelho, Helena Micaela Ygosse Battisti, Isabela Do Patrocínio Ceccarelli, Isabella Caroline Cristino, Júlia Hall-Nielsen Fraige, Julia Libeskind, Julia Mendes Orsi, Júlia Piazza Leite Monteiro, Julia Soave Garcia, Juliana Reimberg, Laura Arruda Fiorotto, Laura Mastroianni Kirsztajn, Laura Nami Sanches, Leandro Felipe Barbosa, Lívia Baroni Flora, Luisa Marques De Azevedo Giannini, Luiza Castelo Vieira, Maria Alice Del Ponte Camiña Moreira, Maria Beatriz Cardoso Nascimento, Maria Cristina Mendes De Oliveira, Maria Julia Fujiwara Tobase, Natan Dias Santiago Júnior, Nathália Basílio, Nathalia Carvalho Dutra, Nina Goldman



2.

Reglamento de esta Corte Interamericana, viene a solicitar su admisión como *amicus curiae* en el Caso n. 12.315 - Fernández Prieto & Tumbeiro vs. Argentina, exponiendo a continuación los motivos por los cuales entiende que la solicitud debe ser aceptada.

I – LEGITIMIDAD E INTERÉS DEL IDDD PARA ACTUAR COMO AMICUS CURIAE

El presente Caso tiene por objeto dos peticiones de la Defensoría General de la Nación, que llevaron al CIDH solicitudes de responsabilidad internacional de la República Argentina en razón de las detenciones ilegales y arbitrarias CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PRIETO y CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO.

En razón de las similitudes entre los dos casos, los procedimientos fueron acumulados y se tramitan conjuntamente. En ambos, la Defensoría relata que las detenciones que desencadenaron los procesos penales ocurrieron sin orden judicial, en razón de detenciones policiales aleatorias, desencadenadas por presuntas e inespecíficas actitudes sospechosas de las víctimas, violando los derechos a la libertad, las garantías judiciales y la protección².

Tras décadas de vigencia de los acuerdos internacionales violados por registros personales discrecionales y basados en prejuicios, es asombroso que cualquier prueba obtenida sirva, por un lado, para justificar el fin obtenido por medios abusivos y, por otro, para fundamentar fallos condenatorios.

Cavalcanti, Paula Cogliati Boccoardo, Paulo Fazzi Rego Barros, Rafaella Coutinho Monesi, Rafaella Teixeira Pereira, Rodolfo Henrique Oliveira Rodrigues, Sanderson Raphael De Lima, Stella Ferreira Dos Santos, Victor Gabriel Bolonhez Takeda, Vinícius Della Barba Braschi.

² Derechos establecidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 11.2 y 25.1, y garantías previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana



Aun así, esta realidad no es exclusiva del Estado argentino. En Brasil, tales violaciones y sus drásticas consecuencias han sido acompañadas de cerca por el INSTITUTO DE DEFENSA DEL DERECHO DE DEFENSA MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD).

El IDDD es una organización no gubernamental cuyo objetivo institucional es la “defensa del derecho de defensa, en su dimensión más amplia” (art. 3º de su Estatuto, doc. 3). Para la consecución de la mencionada finalidad social, por medio también de su actuación en litigio estratégico, el peticionario busca “difundir y fortalecer, por todos los medios a su alcance, la noción de que la defensa constituye un derecho del ciudadano, contribuyendo a la concienciación de la población en relación al significado práctico de las garantías penales y procesales registradas en el art. 5º de la Constitución Federal, tales como la presunción de inocencia, el contradictorio y el debido proceso penal” (doc. 1).

Entre los distintos frentes de actuación, el IDDD desarrolla, desde 2018, el proyecto “Prueba bajo sospecha”, como forma de combatir la utilización indiscriminada de pruebas recogidas sin respetar las normas constitucionales y jurídicas, e incluso epistemológicas, y que, usualmente, se convierten en el principal o incluso único fundamento de condenas penales.

La aceptación de pruebas frágiles para sustentar condenas sirve, hoy, para empeorar la situación de encarcelación masiva, y también debilita, de forma visible, la seguridad jurídica que debería ser inherente a las acciones penales. Especialmente porque la palabra de los agentes de las fuerzas policiales es considerada con especial atención en estos procesos y se convierte en la principal o, en muchas ocasiones la única



4.

motivación de las resoluciones condenatorias. Al mismo tiempo, y según expone el proyecto del IDDD, las detenciones policiales realizadas por el Estado brasileño también están marcadas por la amplia (o casi total) discrecionalidad del agente de seguridad y, por ende, están profundamente radicalizadas.

La consecuencia directa de esta radicalización queda reflejada de forma clara en el perfil de la población carcelaria brasileña, como se verá más adelante.

Realidades, del sistema penitenciario y del ejercicio discrecional y violento de la fuerza estatal, que no son exclusivas ni de Argentina, ni de Brasil. Por esta razón, la presente solicitud de habilitación demuestra no solo la existencia, también en Brasil, de idénticos menoscabos de los derechos humanos previstos en el Pacto de San José de Costa Rica, sino también la relevancia, para todo el continente, del diagnóstico y del debate sobre el uso arbitrario de los registros personales por parte de las autoridades de la seguridad pública, validados de forma indiscriminada por el Poder Judicial de diversos países del continente. Lo que, por sí solo, justifica el interés del IDDD en solicitar que esta Corte Interamericana establezca criterios internacionales para la realización de interceptaciones y cacheos policiales; lo que ha comenzado a hacer.

II – TIEMPOS COMPARTIDOS: ANÁLISIS DE LAS SIMILITUDES ENTRE BRASIL Y ARGENTINA

a) Un pasado común

En 1992, FERNÁNDEZ PRIETO tuvo su vehículo revisado por la policía de Mar del Plata sin que, no obstante, se haya podido justificar qué circunstancias del caso



5.

individual calificaban como actitud sospechosa; a no ser que la actitud de circular en un vehículo automotor en compañía de dos otros pasajeros pueda, por si sola, ser calificable como actitud sospechosa. Pero en esa hipótesis, *ad argumentandum tantum*, la revisión debería ser impuesta a todas las situaciones que cumplieren tan fácil condición de aplicación, lo que simplemente no ocurre. Y no puede ocurrir porque la intervención estatal en el ámbito de los derechos fundamentales solo se justifica en situación de flagrancia o ante circunstancias que puedan ser calificadas como constitutivas de una actitud sospechosa. Algún comportamiento que se aleje de la normalidad de los comportamientos habitualmente realizados en los contextos sociales y urbanos.

Un día de 1998, CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO iba caminando cuando fue abordado por autoridades policiales. Fue llevado al coche policial y en este lugar, ante testimonios (reunidos por los policías) fue desvestido. Según el relato de los policías, algo parecido a cocaína fue encontrado en el interior del diario que llevaba: TUMBEIRO alegaba que el diario no era suyo y que ya se encontraba en la parte trasera del vehículo. Como circunstancias que les habrían llevado a abordar al ciudadano, los policías alegaron “estado de nerviosismo”, la explicación dada por el entonces investigado de que buscaba una tienda de material informático, inexistente en el barrio en cuestión y, finalmente, que la vestimenta que usaba no era acorde a la localidad.

Lo que el *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro* nos cuenta es, sobre todo, una realidad histórica de muchos países de América Latina. Una narrativa que tiene como eje central la utilización de prejuicios y estereotipos pautando una acción estatal y policial marcada por la violencia y por un insistente menosprecio de las garantías y derechos fundamentales.



6.

La repetición de la realidad argentina en Brasil (y en otros tantos países) es casi instintiva, después de todo, la historia reciente, de exención democrática y de violencia, de ambos países también caminó de forma paralela.

Los dos países pasaron, en las décadas de los 60 a los 80, por violentos gobiernos no democráticos que estuvieron, en ambos casos, caracterizados por la violencia estatal y por la tortura. Acciones que tenían a un grupo que era visto como enemigo del Estado como objetivo, las comisarías como escenario y los policías como autores y testigos.

Argentina vivió, en la década de los 70, una de las dictaduras más sangrientas de la historia de América Latina, marcada por secuestros, desapariciones y muertes de opositores del gobierno. La actuación de la policía, durante ese periodo, ha tenido efectos duraderos. En 2001, tuvo repercusión internacional la noticia de que la “Policía de Argentina utiliza técnicas de tortura de la dictadura”, conforme se contaba en un documento divulgado por cuatro jueces federales de ese país. Según uno de los firmantes, el juez RODOLFO CANICOBA CORRAL, la práctica ilegal e inhumana era “un resquicio autoritario en la formación policial”, después de todo, “muchas autoridades que hoy ocupan el más alto rango eran funcionarios policiales en la época de la dictadura militar”. Lo que quedó también registrado en el informe anual del Centro de Estudios Legales y Sociales (Cels)³.

La herencia de esos tiempos sombríos sobrepasa el uso de la tortura y alcanza, también, a las detenciones arbitrarias llevadas ante esta Corte Interamericana:

³ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0309200106.htm>



7.

la práctica y los autores son los mismos; la diferencia radica en la sustitución de opositores políticos por jóvenes integrantes de la población más vulnerable.

En Brasil, la historia se repite. La policía militar es la responsable del patrullaje ostensible y, por tanto, de la práctica de interceptaciones para registros sin orden judicial. Estamos ante una institución creada en 1970 por decreto de la dictadura militar iniciada en Brasil en 1964. El vínculo entre violencia policial y la dictadura militar brasileña está aceptado por todos en el país. A modo de ejemplo, la Comisión de la Verdad del Estado de São Paulo destacó en su trabajo que “la policía militar fue y continúa siendo un aparato bélico del Estado, utilizada por los sucesivos gobernantes en el control de su enemigo interno, es decir, su propio pueblo”⁴.

La conducta y, especialmente, la mentalidad policial que resultó de esos procesos dictatoriales son experimentadas hasta los días de hoy en los dos países. Al final, aunque el estereotipo perseguido haya cambiado; los opositores a los regímenes de excepción fueron rápidamente sustituidos por minorías socioeconómicas y raciales; la conducta subjetiva y reprobable siguió siendo la regla.

En Brasil, la policía ha sido reconocida como la que “más mata” del mundo. Un legado violento, inaceptable y que Brasil todavía no ha conseguido superar, según ha sido reconocido por esta Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

Los puntos en común entre Argentina y Brasil no se limitan únicamente al origen histórico de esta violencia. En ambos países, las interceptaciones policiales

⁴ <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap7.html>



8.

marcadas por la intimidación tienen mucho espacio, ya que no cuentan con ningún tipo de limitación jurídica concreta o mínimamente tangible; lo que afrenta derechos y garantías esenciales y configura abusos diariamente condenados por las Cortes Internacionales.

b) Un presente marcado por un vacío legal y excesos policiales

En la legislación brasileña, la interceptación y cacheo policial a personas puede ser realizado sin orden judicial, desde que haya “fundada sospecha de que la persona esté en posesión de una arma prohibida o de objetos o papeles que constituyan cuerpo de delito” (art. 240 del Código de Proceso Penal brasileño).

Al leer la legislación, se hace evidente que el cacheo tiene como objetivo principal la obtención de pruebas. Sin embargo, así como ocurre en otros países y en la propia Argentina, las interceptaciones y cacheos policiales son utilizados más bien como forma de patrullaje ostensible, en el combate al crimen.

Este segundo uso de las interceptaciones policiales produce cifras alarmantes: en 2013 la policía militar realizó **14 millones de interceptaciones y cacheos** a las personas solo en el Estado de São Paulo⁵. El gran número de interceptaciones y cacheos solo es posible porque la legislación brasileña está formulada de una manera que autoriza un alto grado de subjetividad y carece de parámetros concretos, legales o jurisprudenciales. A pesar de utilizar el término “fundada sospecha” como límite a la

⁵ Según la investigación realizada por estudiantes de la FGV sobre los datos provistos por la Secretaría de Seguridad Pública de São Paulo – SSP/SP.



9.

actuación policial en la interceptación y registro sin órdenes judiciales, la legislación brasileña no aporta ningún parámetro sobre lo que podría caracterizar a esa sospecha.

Como se ve, la legislación es tan genérica como la argentina, cuya motivación para la interceptación y registro policial tratada en el caso en debate es la “actitud sospechosa”.

Le correspondería, teóricamente, al poder judicial la tarea de delimitar lo que la legislación no definió como fundada sospecha que justificase la interceptación y cacheo policial de las personas. Sin embargo, tampoco es lo que ocurre en Brasil.

En el Tribunal Federal Supremo de Brasil, la jurisprudencia obtiene pocos resultados de investigación cuando se buscan criterios objetivos que fundamenten sospecha para el registro policial de personas. Lo más relevante es la resolución dictada en el HC 81.305, juzgado en 2012, en la cual se intentó encontrar alguna definición al señalar que la sospecha “no puede fundamentarse apenas en parámetros únicamente subjetivos, exigiendo elementos concretos que indiquen la necesidad del registro, en vistas del descontento que causa”⁶. En este caso, la interceptación y registro personal habría ocurrido por motivo de la vestimenta del objetivo de la acción policial.

El precedente, sin embargo, no repercutió en los otros tribunales y una búsqueda similar realizada en el banco de resoluciones del Tribunal de Justicia de São Paulo (el mayor del país) aporta constataciones preocupantes.

⁶ STF, HC 81.305/GO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 13.11.2012, Primera Sala. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Visitado el: 08/10/2019



10.

Algunas resoluciones aceptan como lícita la indefinición del término “fundada sospecha”, que figura en la ley. Llegan, incluso, a señalar que el término sería incluso completamente subjetivo; lo que, por sí solo, es contrario al principio de legalidad. Se repite, por ejemplo, que “la fundada sospecha’ exigida por el art.244, del Código de Proceso Penal⁷, refleja un **concepto fluido e indeterminado**”⁸ o se exige “solamente el elemento subjetivo que es la **desconfianza intuitiva** de la autoridad policial”⁹.

No fuera suficiente, el Tribunal brasileño también apoya de forma inadvertida definiciones discriminatorias sobre lo que podría ser considerado “fundada sospecha”, autorizando, exactamente como ocurre en los casos argentinos, la interceptación y registro personal en razón de “nerviosismo”, “denuncia anónima” y lugar donde estaban los objetivos de la interceptación y registro.

La situación se agrava porque la cantidad de interceptaciones y registros personales no es, ni siquiera mínimamente, proporcional a la cantidad de detenciones en flagrancia efectivamente realizadas. Lo que quiere decir que las acciones policiales, a pesar de excepcionar (por decir lo mínimo) principios como el de la legalidad y el de la libertad, fueron al final infructuosas, sirviendo apenas como **medio de intimidación**.

La ausencia de normas en torno a las interceptaciones y cacheos excede la omisión del poder judicial y llega también hasta la **inexistencia de registros y estadísticas**

⁷ “El registro personal será independiente de orden judicial, en caso de detención o cuando haya fundada sospecha de que la persona esté en posesión de arma prohibida o de objetos o papeles que constituyan cuerpo de delito, o cuando la medida sea determinada en el transcurso de un registro domiciliario”:

⁸ TJSP, Apelación Penal (Apelação Criminal) 0001024-06.2015.8.26.0530, Rel. Des. MARCELO GORDO, DJ 24.4.2018, subrayamos.

⁹ TJSP, Apelación Penal (Apelação Criminal) 0101898-47.2016.8.26.0050, Rel. Des. DAMIÃO COGAN, DJ 5.2.2019, subrayamos.



11.

públicas; lo que, al permitir el descontrol, autoriza también la perpetuación del uso de estereotipos y de elecciones discriminatorias.

El perfil racial ("*racial profile*") de las interceptaciones y cacheos policiales, así como los estereotipos socioeconómicos que rigen la realidad argentina, es algo diariamente experimentado por la población negra y más pobre de Brasil.

La gran mayoría de interceptaciones y cacheos que efectivamente llevan al registro de una denuncia policial tiene como marco legal delitos relacionados a la posesión de estupefacientes (tráficos de drogas) y delitos patrimoniales como hurto y robo. Al mismo tiempo, dos otras estadísticas completan una realidad de actuación policial discriminatoria y racial: el 71% de la población carcelaria de Brasil está presa exactamente por estos delitos y el 58% de esos presos son negros¹⁰.

Los datos indirectos, por si solos, dibujan una realidad al mismo tiempo semejante a la del caso argentino, como también de grave discriminación.

c) Una decisión para el futuro: la repercusión del presente juicio

No hay dudas de que la interceptación y registro del ciudadano, sin orden judicial, es una parte relevante del trabajo realizado por los policías; según demuestra tanto la cantidad de registros personales realizados, como la comprensión de que, más que la obtención de pruebas, esta acción forma parte de una política de patrullaje ostensible (y muchas veces intimidatorio). Aun así, los policías brasileños no son obligados

¹⁰ Infopen, diciembre/2019, informe analítico, disponible en <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>, consultado el 27/05/2020.



12.

a proporcionar ningún tipo de información, sea sobre lo que entienden como “fundada sospecha”, sea sobre el perfil de sus objetivos. Por esa razón, algunos precedentes de los tribunales internacionales, que sin excepción exigen algún grado de concreción en la definición de “fundada sospecha”, sirven para demostrar la importancia y la repercusión del presente caso.

En el Tribunal Europeo, en el caso *Nechiporuk y Yonkalo vs. Ucrania*, la detención tuvo lugar porque la víctima de la acción policial “estaba andando rápido y mirando a su alrededor”. El Tribunal determinó entonces que **la detención debe basarse en sospecha razonable y, de este modo, no sirve para buscar informaciones que fundamenten tal sospecha**¹¹.

La Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos emitió en 2016 un documento en que determina directrices sobre condiciones de detención, custodia policial y prisión preventiva en África¹². En el texto hay una parte específica sobre los registros de las interceptaciones y arrestos y en los cuales se documenta el motivo de la detención, incluyendo local y fecha, identidad de los agentes y observaciones sobre la persona detenida.

¹¹ TEDH. Caso *Nechiporuk y Yonkalo vs. Ucrania*. Sentencia del 21 de julio de 2011, §§115-117.

¹² Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Directrices sobre Condiciones de Detención, Custodia Policial y Prisión Preventiva en África* (Guidelines on the Conditions of Arrest, Police Custody and Pre-Trial Detention in Africa), 28.7.2016. Disponible en: <<https://www.refworld.org/docid/5799fac04.html>>. Visitado el 5.9.2019.

La CtIDH en más de una ocasión, ya trató también este tema. En los casos *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*¹³, *Amrhein y otros vs. Costa Rica*¹⁴ y *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*¹⁵, por ejemplo, estipuló, que “la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articularse con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas” y que la detención “no puede basarse en mera sospecha o percepción personal de la participación del demandado en un determinado grupo ilegal”.

Por último, en la jurisprudencia estadounidense, tiene relevancia el caso *Floyd vs. NY*, en el que el carácter racial y discriminatorio de la acción policial fue expuesto y condenado, resultando en la obligación, por parte de los policías, de proveer diversos datos sobre cada interceptación realizada.

La importancia de la provisión de estos datos no se limita a permitir una mayor precisión en el diagnóstico del problema, sino que es también capaz de inhibir una actuación que se muestre descaradamente basada en elementos de discriminación (como raza o lugar de residencia de población con bajos ingresos).

Normativa que, así como la definición técnica y jurídica de lo que sería “fundada sospecha”, no existe ni en Argentina ni en Brasil, permitiendo el abuso de una actuación policial que todavía está contaminada por lo que fue estipulado como política oficial de los violentos regímenes de excepción.

¹³ Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez V. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C, §§103, 105, 119

¹⁴ Caso Amrhein y otros V. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de abril de 2018. Serie C. No. 354, párrafo 353

¹⁵ Caso Herrera Espinoza y otros V. Ecuador. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2016. Serie C Nº 316., párrafo 143



III – LA INTERCEPTACIÓN Y REGISTRO POLICIAL EN LA SOCIEDAD Y EN EL PODER JUDICIAL BRASILEÑOS

a) La fundada sospecha en la actuación policial

La situación de los registros personales en el derecho brasileño revela, en su base empírica, la absoluta ausencia de fundamentación objetiva para la práctica de la acción. En la perspectiva del sistema de justicia y de los órganos de seguridad pública, se sostiene que la interceptación y cacheo policial, aquí comprendida como la acción proactiva de la policía de detener momentáneamente al ciudadano y realizar en él el registro personal, constituye la herramienta más importante del patrullaje ostensible.

Realizada rutinariamente como procedimiento habitual por las distintas policías, en especial la policía militar, el registro personal es considerado como un supuesto medio de prevenir delitos, finalidad completamente extraña a la forma procesal instituida en el derecho brasileño.

Aunque escasos, los datos oficiales impresionan. Como se ha dicho, solo en el Estado de São Paulo (más poblado de Brasil) el cuerpo de policía realizó 15.488.976 interceptaciones y cacheos en 2014. En el mismo periodo, São Paulo registró, en el mismo periodo, 151.042 arrestos en delito flagrante¹⁶.

La cifra total de interceptaciones y cacheos policiales, por si sola, muestra la exageración: es como si, en solo un año, cerca de 1/3 de toda la población del estado

¹⁶ SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL ESTADO DE SÃO PAULO. Estadísticas trimestrales. Disponible en: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, consultado el 11/03/2020.

hubiese actuado con algún tipo de “fundada sospecha”. Pero estos números revelan también la inadecuación del medio (violento) escogido por el Estado como forma principal de actuación en el combate contra el crimen: en solo 0,97% de los casos la “fundada sospecha” fue confirmada y condujo a arrestos en flagrante.

En el otro 99% de los casos, según los datos disponibles, la sospecha no era correcta o real, patrón que se repite en São Paulo (y, es de suponer, en todo el país) año tras año¹⁷:

Y la realidad brasileña puede ser todavía más abrumadora, porque ni siquiera cada arresto flagrante tiene como punto de partida una interceptación y la realización de registros personales.

No hay, en la normativa brasileña, el establecimiento de ninguna obligación de que el policía registre datos mínimamente detallados de las interceptaciones, no existiendo, por tanto, transparencia sobre los mecanismos utilizados en esa contabilización¹⁸.

¹⁷ Ídem. Es necesario subrayar que estos datos han sido obtenidos a partir de los números absolutos provistos por el Estado de São Paulo, que no consigue dotar de transparencia a los mecanismos mediante los cuales los recogió. Se sabe que, en el total de interceptaciones y cacheos, se encuentran interceptaciones y registros en vehículos automotores (blitz), interceptaciones en vehículos de transporte colectivo e interceptaciones de transeúntes en la vía pública, y que estos datos son recogidos a partir de la mera declaración de policías en servicio por medio del Informe de Servicio Operativo dirigido a sus respectivos superiores. Tales informes, también considerados sigilosos, tratan solamente del número total de interceptaciones. No se sabe, sin embargo, a cuantas personas objetivo se refiere cada una de estas interceptaciones; tampoco ningún dato sobre los locales donde fueron realizadas, ni el perfil de los sujetos abordados o el objetivo del acto, o cuales de ellas acabaron en arrestos u otras medidas relevantes en materia administrativa o penal. Por eso, los números aquí presentados indican una estimación y parten de una presunción, obtenida mediante la correlación entre el número total de interceptaciones y el número total de arrestos en flagrante informados por el Estado de São Paulo, siendo cierto, por lo tanto, que el número de flagrantes resultado de interceptaciones puede ser aún menor, ya que hay varias razones por las que puede tener lugar un arresto en flagrante.

¹⁸ Tales críticas alcanzan a casi todos los estados de la federación brasileña y generan dificultades en la obtención de datos para investigaciones empíricas en el área. Según Sinhoreto *et al*, “en ninguno de los estados analizados fue identificada la existencia de una base de datos específica sobre interceptaciones realizadas por la policía, tampoco

Los policías deben rellenar un “Informe de Servicio Operativo”, dirigido a su superior, cuyo objetivo es solo la comprobación de cifras absolutas. No hay manera, por medio de estos informes, de reunir los datos sobre el perfil de los locales y las personas abordadas, imposibilitando que ese gigantesco margen de error sea corregido de alguna manera.

La falta de transparencia contamina también los protocolos utilizados por los policías militares en la realización de las interceptaciones. Las directrices existentes, que deben ser seguidas por los policías en el ejercicio de este patrullaje ostensible, son sigilosas. No hay posibilidad de control por parte de la sociedad civil o por el poder judicial. La exigua literatura sobre el tema tiene como principales autores a agentes de la fuerza policial que, tal vez por sesgo, normalizan las interceptaciones, admitiendo incluso el uso de armas y revelando una cultura de subordinación en relación a tales prácticas.

TANIA PINC, 1er teniente de la Policía Militar del Estado de São Paulo, publicó en 2007 un trabajo sobre el tema. En él explica la violencia de la acción:

“En la interceptación de la persona en actitud sospechosa, el policía saca su arma y la mantiene en posición sur, apuntando al suelo: determina que la persona se dé la vuelta, entrelace los dedos en la nuca y separe las piernas. Si la interceptación es a una persona, el procedimiento estandariza que esta acción sea puesta en operación por dos policías, o sea, que siempre haya superioridad numérica de policías en relación a los no policías. Tras posicionar a la persona en la forma descrita, uno de los policías coloca de nuevo el arma en la funda, la abotona, y realiza el cacheo personal, mientras el otro permanece con su arma en la posición sur asegurando la protección. En el cacheo, como medida de seguridad,

sus detalles; lugar, color/raza del abordado, motivo de la sospecha, etc.” (SINHORETO et al. A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. Incluido en FIGUEIREDO, Isabel Seixas de. Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2014, p. 124)



17.

el policía debe posicionarse de forma que mantenga su arma lo más lejos posible del cacheado y fijar una base de apoyo con los pies, en caso de que la persona reaccione. Además debe sujetar con una de sus manos los dedos entrelazados y deslizar la otra sobre el cuerpo de la persona, palpando los bolsillos externamente; todo esto con el objetivo de encontrar algún objeto ilícito en la persona, como armas o droga. Si quedó alguna duda, el policía podrá realizar el registro personal minucioso, que es un requisito más detallada y debe ser hecho, preferentemente, en la presencia de testigos y en un lugar aislado del público, donde el registrado se quita toda la ropa y calzado”¹⁹.

Entre los otros tipos de interceptación (que varían según la caracterización del objetivo de la medida), hay aquella que apunta a la persona considerada infractora de la ley, en la cual el policía debe sacar el arma y mantenerla en posición “tercer ojo”, mirando al infractor, todo según PINC.

El trabajo demuestra que, en realidad, el cacheo realizado por los policías sirve más como procedimiento de patrullaje ostensible y, en la mayoría de las ocasiones, se realiza sin que de hecho exista sospecha de la práctica de un acto ilícito, lo que claramente contraviene la “fundada sospecha” prevista por la ley.

Exactamente este es el punto de intersección entre la realidad brasileña y el caso argentino: FERNÁNDEZ PRIETO tuvo su vehículo revisado sin motivo alguno; CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO simplemente caminaba. Nada que justificase la invasión de la autoridad policial de la esfera de libertad del ciudadano hasta el punto de promover en él el registro personal.

¹⁹ PINC, Tania. “Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público”. Incluido en la Revista Brasileira de Segurança Pública. Año 1, ed. 2, 2007, p. 14-15)

El Poder Judicial brasileño, sin embargo, no solo acepta sino ensancha la amplitud de los ya elásticos términos de la ley. Cuando el tema es abordado, la justificación del Poder Judicial para la validación del acto de registro personal es que la norma procesal penal está compuesta de un concepto jurídico indeterminado y autoriza, así, la utilización por parte de la policía de la intuición sobre la incidencia de algo ilícito a fin de decidirse a la realización del acto.

Según GISELA A. WANDERLEY, “En el entorno policial, el acto de sospechar es considerado ‘una actitud sana’ para todos los policías.” (MUNIZ, 1999, p. 16). La práctica del registro personal, a su vez, está comúnmente asociada a la sospecha: para fundamentarla se emplean innumerables términos y expresiones asociados a la idea de sospecha, tales como, sospecha fundada, actitud sospechosa, individuo sospechoso, elemento sospechoso, estados de sospecha, entre otros. Sin embargo, a pesar de la centralidad de la sospecha en la labor policial, hay entre los policías una sustancial dificultad para identificar los criterios que orientan la sospecha”²⁰.

Esta dificultad también se ve con claridad en las sentencias investigadas, que constan en el archivo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de São Paulo²¹.

El requisito legal, que debería ser destacado en los análisis judiciales, es traducido en las sentencias, en general, como: denuncia anónima; nerviosismo del sospechoso, referencia a un supuesto estado de ansiedad, sorpresa y nerviosismo;

²⁰ Cf. WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 2017. 290 f. Disertación (Maestría en Derecho) — Universidad de Brasília, Brasília, 2017, p. 91, disponible en: < <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>>, consultado el 11/03/2020.

²¹ Analizados en investigación realizada por alumnos de la FGV en conjunto con el IDDD en el proyecto Prueba bajo sospecha.

sospechoso conocido por los policías como supuesto autor de delitos; sospechoso encontrado en lugar conocido por sus prácticas delictivas; sospechoso emprende la huida; sospechoso que deja algún objeto en el suelo al ver a los policías; sospechoso con conducta sugestiva de práctica delictiva; sospecha general sin descripción fáctica; sospechoso identificado por residente del área del incidente o actividad identificada por medio de vigilancia policial.

La “fundada sospecha” es genérica, un disfraz de la misma práctica violenta que victimó a PRIETO e TUMBEIRO. Y ante la falta de datos concretos sobre el presente caso se exalta la formación y experiencia policial.

En el día a día, el vacío dejado en la interpretación del requisito legal es ocupado por el sesgo racial de la actuación policial. Pese a la ausencia de datos oficiales que midan el indicador racial en las interceptaciones y registros policiales, las investigaciones muestran que este es un elemento primordial en la gran mayoría de ellas.

En efecto, la investigación realizada por policías militares actuando en la región metropolitana de la ciudad de Recife/PE demostró que la mayoría de policías (51,3% de los agentes, 83,1% de los alumnos del Curso de Formación de Agentes y el 67,9% de los alumnos del Curso de Formación de Soldados) abordarían primero a una persona negra y, solo con posteridad, a una persona blanca²².

²² BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. Incluido en *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Año 2, ed. 3, jul/ago 2008, p. 141.

Otras investigaciones, descritas por GISELA AGUIAR WANDERLEY, demuestran la tendencia de replicación del racismo en el espacio ampliamente discrecional de las interceptaciones policiales exploratorias:

““[est]a repartición desigual, sobre todo debido al enfoque racial, no es ninguna novedad: en el análisis de autos relativos a la práctica de alguna infracción por adolescentes entre 1968 y 1988 en Río de Janeiro, Batista (2003) destaca que más de 3/4 (tres cuartas partes) de los individuos abordados por tener ‘una actitud sospechosa’ eran negros. Por otro lado, este patrón se ve con particular nitidez en las investigaciones referentes a la represión del delito de tráfico de drogas. Duarte et al. (2014) observan que los negros acusados de tráfico fueron más frecuentemente abordados en la vía pública que en otros lugares: en Brasilia, solo el 25% de los blancos acusados de tráfico fueron abordados en la vía pública, el 50% lo fueron en residencias y el otro 25% en otro lugar, en tanto que para los negros la distribución fue distinta: 66% fueron abordados en la vía pública y 20% en residencias. En Curitiba, el 62% de los blancos y 67% de los negros fueron abordados en la vía pública. En Salvador, todos los acusados eran negros y el 61% de ellos fueron abordados en la vía pública. Obsérvese también en la investigación de Jesus (2011) que ese *modus operandi* tiene como resultado una incidencia desproporcional de los arrestos en flagrante por tráfico de jóvenes negros de sexo masculino: 87% de los detenidos en flagrante eran hombres, 53,82% tenían entre 18 y 24 años, 59% eran negros (negros y mulatos) y 41% blancos. 60,46% tenía educación primaria completa, 18,94% educación primaria incompleta, 13,99% educación secundaria completa y 5,07% educación secundaria incompleta. 0,88% eran analfabetos y 0,6% tenían educación superior completa o incompleta. 57,28% no tenían antecedentes penales (JESUS, 2011)”^{23/24}.

²³ WANDERLEY, *op. cit.*, p. 88-89, subrayamos.

²⁴ La autora complementa: “*En tal escenario, se comprueba una concentración justificada de acciones policiales ante la juventud negra y pobre del país, que es interpelada a diario por el aparato policial sin que haya siquiera medición de ningún impacto en los índices de control criminal. Al contrario, lo que se comprueba son índices insignificantes de hallazgo de conductas criminales a partir de las interceptaciones y cacheos. El registro personal exploratorio, por tanto, forma parte de la perversa dinámica de criminalización por vulnerabilidad*” (WANDERLEY, *op. cit.*, p. 90).



21.

Aunque las fuerzas policiales habitualmente nieguen el sesgo discriminatorio, en la mayoría de ocasiones la fundada sospecha recae sobre un grupo social específico, caracterizado por el modo de vestir, caminar, rango de edad y localización periférica²⁵.

Otros datos confirman, de forma indirecta, como esta realidad se ha mantenido inalterada o incluso se ha agravado.

Cuando se analizan los datos sobre los arrestos en flagrante entre 2008 y 2012 en São Paulo se ve que el 54,1% de los arrestados eran negros. De los datos disponibles, tenemos una tasa de 35 presos negros por cada 100,000 habitantes negros (en la población blanca, la tasa es de 14 blancos arrestados por cada 100,000 habitantes blancos) Según JAQUELINE SINHORETO, *profesora del Departamento de Sociología de la Universidad Federal de São Carlos y coordinadora de una investigación sobre elaboración de perfiles raciales, financiada por el Ministerio de Justicia de Brasil*, “los datos apuntan a una vigilancia [policial] mayor sobre la población negra, que se refleja en la concentración del número de arrestos en flagrante de ese grupo”²⁶.

b) La fundada sospecha en las condenas penales

Los datos también se repiten, por ejemplo, en el Estado de Río de Janeiro. La Oficina de Defensoría Pública de ese estado analizó las sentencias dictadas en acciones penales que determinaban delitos de tráfico de drogas, promoviendo el análisis

²⁵ SINHORETO *et al*, *op. cit.*, p. 133.

²⁶ SINHORETO *et al*, *op. cit.*, p. 127.

cuantitativo y cualitativo²⁷. En total, a partir de 2016, fueron analizados 3,745 casos individuales, en 2,491 procesos distribuidos entre el 1 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2015.

De los números analizados, se constata que la condena fue el resultado del 79,97% de los casos. Al mismo tiempo, solo el 6,1% de los procesos fue iniciado en una investigación previa. Los puntos de partida más habituales han sido el arresto realizado durante operaciones policiales (57,56%) y la denuncia anónima (16,73%). Es decir, la actuación policial que excepciona garantías individuales sin previa autorización judicial inauguró el 74,29% de los casos de tráfico en la región metropolitana de Río de Janeiro²⁸.

Sin embargo, la actuación policial no se limita a la fase inicial del procedimiento. Un expresivo 62,33% de los casos fueron solucionados teniendo al agente de seguridad como único testigo escuchado²⁹. Son 1,979 condenas (53,79% de los casos) que se basaron principalmente en la declaración de agentes de seguridad³⁰. De hecho, los números demuestran que la actuación de la policía tanto inaugura como termina el hecho: en el transcurso de las operaciones policiales, la aplicación caso a caso de lo que sea “actitud sospechosa” representa el inicio; para completarlo, la presunción de veracidad de lo que el agente de seguridad relata haber ocurrido sirve para sedimentar el resultado condenatorio como rutina institucional judicial.

En esta cotidianidad, no es difícil constatar que la actuación de los agentes de seguridad es sólidamente aprobada por los magistrados. La “fundada sospecha” que

²⁷ La investigación fue coordinada por CAROLINA DZIMIDAS HABER. Disponible en: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>

²⁸ Tabla 4. Informe..., 2018, p. 71.

²⁹ Informe..., 2018, p. 34.

³⁰ Tabla 17. Informe..., 2018, p. 77.

no es explicada ni justificada por el policía es explícitamente mencionada por los jueces en el 31,07% de los casos³¹. En todos estos casos, es cierto que la actitud que pareció sospechosa a los policías fue considerada un factor importante en las resoluciones judiciales.

La maximización del relato policial es alcanzada cuando el juez aprueba la legalidad del arresto flagrante por ser el lugar de la conducta lugar de venta de drogas. No solo condena, sino que lo hace facilitando el camino de la acusación: en el 75,16% de las condenas por concurso material de tráfico y asociación, la última fue supuesta a causa del lugar de la interceptación³². El estado de inocencia simplemente dejó de ser operativo; incluso cuando el polo pasivo haya sido ocupado por acusados primarios³³.

Estos datos acaban reflejando lo descubierto por MARIA GORETE MARQUES DE JESUS, en la investigación en la ciudad de São Paulo. De los procedimientos y datos analizados en *“Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico e drogas no sistema de justiça”*³⁴, la autora concluye que en Brasil no se cuestiona la forma en que los agentes policiales consiguen confesiones y pruebas, ya que los jueces necesitan de esos elementos en el proceso:

“En los casos en que las marcas y lesiones eran evidentes, eran descritas como habiendo sido causadas por ‘caídas tras intentos de fuga’ o

³¹ Tabla 11, Informe..., 2018, p. 75.

³² Tabla 25, Informe..., 2018. p.82.

³³ En relación a la reincidencia, el 74,01% de todos los casos fueron compuestos por acusados primarios y “técnicamente primarios”; el 11,82% por reincidentes y el 14,16% de los casos no fueron especificados (Tabla 15, Informe..., 2018. p.76).

³⁴ La autora analiza 667 autos de arrestos en flagrante por tráfico de drogas, realizados entre diciembre de 2010 y enero de 2011, 604 sentencias, 70 entrevistas con profesionales de la seguridad pública y de la justicia penal, diarios de campo (de 10 audiencias de instrucción y de juicio realizadas entre feb-mayo de 2011, de 63 audiencias de custodia entre abril-junio de 2015, de 27 audiencias de instrucción y de juicio entre jul-nov de 2018).



‘resistencia al arresto’. Tales argumentos eran considerados válidos por los jueces y fiscales, sin que hubiese posibilidad de considerar otra versión de los hechos”³⁵.

Además, esto encaja en la lógica de una “política de metas”, comentada por policías entrevistados en el trabajo citado. La disposición de las instituciones brasileñas incentiva que sean alcanzados números elevados de arrestos en flagrante, ya que este es el índice a partir del cual el Estado brasileño demuestra “cuidar de su población”. Esta misma lógica de productividad pauta los registros divulgados por la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de São Paulo, en cuyo sitio de *internet* exhibe la pestaña “*productividad policial*”³⁶. La tendencia a incentivar las acciones ilegales está clara: trazar metas de arrestos en flagrante a ser alcanzadas constituye un innegable combustible institucional a la arbitrariedad de quien debería tener por misión no amedrentar, sino proteger a la población. Así, esta política impide el testimonio policial, incapaz de imparcialidad.

Enfocándose en el papel de los jueces en la encarcelación masiva que tiene lugar en Brasil, el juez de derecho MARCELO SEMER analizó 800 sentencias, provenientes de 8 estados y 11 municipios, dictadas por 665 jueces entre los años 2013 y 2015. SEMER llegó a la conclusión de que era relevante la llamada “actitud sospechosa”, ya que en un 63% de los procesos la droga fue incautada en la vía pública³⁷. Pero al no existir investigaciones previas (u otros datos), el caso es que solo le cabe al policía interpretar lo que es una actitud sospechosa:

³⁵ Jesus, 2020, p. 6.

³⁶ <https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>

³⁷ SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 239.

“Las hipótesis (de actitud sospechosa) son de lo más variadas: El acusado sale corriendo al ver el coche de policía (sentencia 121) o solo con paso acelerado (sentencia 229); parece nervioso (sentencia 631), asustado (sentencia 139) y con semblante nervioso (sentencia 623). También levantó sospechas el acusado que miró desconfiado (sentencia 541), que al ver a la policía, comenzó a andar (sentencia 15) e incluso aquel que se quedó parado en medio de la calle (sentencia 341). El que estaba solo en la calle (sentencia 370), el que estaba cerca de una pareja (sentencia 178) y los que estaban en medio de grupos en Cracolândia (sentencias 199 y 205). Del mismo modo, llamó la atención de los policías el agente que estaba tocando un matorral (sentencia 230), cavando en el suelo (sentencia 451), contando dinero (sentencia 151) o incluso llevando una bolsa (sentencia 615). Aquel que parecía escondido, en el interior de un coche abandonado (sentencia 188) e incluso la acusada bien vestida, desentonando entre las personas sin hogar en las proximidades del propio Tribunal de Justicia (sentencia 204)”³⁸.

Todo puede ser considerado “actitud sospechosa”: correr, andar o quedarse parado; estar solo, acompañado o en grupo, contar dinero o llevar una simple bolsa puede ser suficiente para llamar la atención de los policías. Exactamente como en el caso PRIETO y TUMBEIRO. El primero conducía, el segundo caminaba...

Pero cuando todo puede ser sospechoso es imposible saber con certeza qué constituye el núcleo de una “actitud sospechosa”. Y la falta de un registro de las veces en que no fue encontrado nada hace imposible saber cuántos inocentes tuvieron sus libertades violadas por agentes que buscaban confirmar un supuesto perfil a partir de criterios irracionales. Tal y como son ejecutadas, las interceptaciones y cacheos son prácticas abusivas y arbitrarias, sistemática e irregularmente aprovechadas por un relato que solo revela una parte ínfima de los hechos. Sin conocer con exactitud cuándo y por qué la sospecha inicial no se confirmó o la frecuencia en que los policías aplican la

³⁸ *idem*, p. 241.



experiencia práctica y no encuentran nada es imposible evaluar la eficacia. Solo queda la sedimentación institucional de prácticas discriminatorias, prejuiciosas y estigmatizadoras.

A pesar de la falta de datos que efectivamente den credibilidad a lo que se ha convenido en llamar “actitud sospechosa”, esta selectiva situación policial cuenta con un casi irrestricto aval de la magistratura brasileña. Aquí, hacemos referencia a la presunción de veracidad atribuida a la palabra del policía, que además de testificar como testigo, recibe una credibilidad superior a la de los testigos en general.

Conforme al sumario (*súmula*) 70 del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, “el hecho de restringir la prueba oral a la declaración de las autoridades policiales y sus agentes no desautoriza la condena”³⁹. O sea, en clara diferencia con lo que ocurre en otros sistemas jurídicos⁴⁰, en Brasil, se pasa de largo sobre el hecho de que el policía no es una persona extraña a los hechos, confiriéndole una credibilidad diferenciada.

El paso del tiempo (no es raro que los policías sean llamados a testificar en procesos iniciados años antes) y la considerable similitud entre eventos (¿cuántas veces un policía realiza registros e incautaciones en base a actitudes sospechosas a los largo de su vida, en los mismos barrios, seleccionando los sujetos a partir de un mismo conjunto de características?) pueden contribuir al enmarañamiento de la memoria. Incluso aunque se considere la ausencia de motivos para mentir, no se puede concluir que los relatos se corresponden necesariamente a la realidad.

³⁹ Disponible en: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>

⁴⁰ En España, considerando específicamente a la policía judicial, se determina que sus manifestaciones solo sirven como noticia criminal y no pueden ser valoradas en el contexto de la resolución sobre el fondo del eventual proceso (art. 297, Ley de Enjuiciamiento Criminal).



Los efectos perniciosos de este enfoque simplista consisten en el sistemático desincentivo a la realización de investigaciones criminales por un lado y, por otro, en el incentivo a arbitrariedades cometidas por la policía contra la población, especialmente la más vulnerable. La garantía de condena penal basada exclusivamente en la palabra del policía es un verdadero aval a las ilegalidades y consecuente sobrepoblación en las cárceles.

c) Estándares probatorios, presunción de inocencia e ilegalidad del procedimiento

Finalmente, es necesario lidiar con un importante compromiso asumido por los estados democráticos: la distribución asimétrica entre la condena de inocentes y la absolución de culpables. Distribución asimétrica porque, entre el riesgo de condenar a inocentes y el de absolver a culpables, las instituciones deben alinearse para extirpar lo primero, importando poco el coste que eso pueda tener.

En Brasil, la aproximación entre el poder judicial y los agentes de seguridad pública tiene lugar en un camino inverso al esperado en un estado democrático de derecho. Siendo los términos de la ley generales, como hemos visto, el poder judicial simplemente aprueba la arbitrariedad del poder policial. Cuánto más fácil llegar a la condena menos preguntas hay que responder.

Si hubiese un control judicial efectivo y las interceptaciones y registros hechas en conformidad PRIETO y TUMBEIRO no tendrían cabida ni en Argentina, ni en Brasil o cualquier otro país, pues el legislador, celoso de la seguridad pública, se vería forzado a crear rígidos protocolos legales para la interceptación policial.



Esto significa que el vicio de las condenas injustas, ya que están amparadas en actos que afrentan derechos protegidos por la Convención Americana, tiene su origen en la fase de la investigación criminal. Por lo tanto, es en este inicio en que los protocolos deben incidir para que haya un cambio efectivo de la práctica de los agentes públicos, con efecto directo en la vida de los demandados, y por lo tanto, en la distribución de la justicia.

Sin eso, las consecuencias son graves, tal y como experimentan las realidades argentina y brasileña.

Por el momento, le corresponde al poder judicial preservar la asimetría mencionada anteriormente, en virtud de la cual, en el conflicto entre el error de condenar inocentes y el de absolver culpables, expresa un juicio moral donde el primero es manifiestamente peor que el segundo:

“It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer”⁴¹.

“It is better 100 guilty persons should escape than that one innocent person should suffer”⁴².

Ser condenado a una pena privativa de libertad en Brasil, por ejemplo, implica soportar no solo la pérdida de libertad, sino ser sometido a condiciones de vida sabidamente degradantes; a una situación inconstitucional, como reconoció la Corte

⁴¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Libro IV, cap 24, 1765-1769.

⁴² Benjamin Franklin, *Works*, *Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan*, 1785.

Suprema brasileira al juzgar la petición cautelar de la Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental n.347⁴³.

Por lo tanto, las consecuencias de los errores de decisión en el proceso penal justifican una asimetría entre falsos positivos y falsos negativos. En el proceso civil, los falsos positivos dan origen a la admisión de solicitudes que deberían ser juzgadas improcedentes: falsos negativos dan causa a la denegación de solicitudes que deberían ser procedentes. Pero, ¿y en el proceso penal? Siendo la libertad uno de los bienes más preciados después de la vida, el falso positivo es comprendido como manifiestamente peor que el falso negativo. Perder la libertad sin haber cometido conducta típica es de los peores errores que el Estado puede cometer en nombre del derecho a castigar.

Por eso es necesario dar efectividad a la presunción de inocencia en tanto norma que determina que todos son inocentes hasta que se demuestre lo contrario. ¿Pero cuándo se demuestra lo contrario?

La respuesta a esta pregunta es dada por el estándar probatorio, el cual tiene la función de establecer el grado de exigencia adoptado por determinado sistema jurídico para que una hipótesis fáctica sea considerada verdadera. En el caso del proceso penal, la hipótesis fáctica presentada por la acusación es la que deberá superar un grado de exigencia que refleje la distribución entre el riesgo de condenar a inocentes y el riesgo de absolver a culpables

Ahora bien, si entendemos que la condena de inocentes es manifiestamente peor que la absolución de culpables, entonces un estándar probatorio adoptado por el

⁴³ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

proceso penal deberá cumplir la función de dificultar las condenas de inocentes; aunque, con ese fin, acabe facilitando las absoluciones de culpables. Así, es racional que la hipótesis fáctica presentada por la acusación tenga que superar un elevado grado de exigencia, pues, de lo contrario el sistema estaría tratando de forma simétrica errores no equivalentes.

Es la conexión entre las pruebas producidas en el transcurso del procedimiento, y no el mero convencimiento del juez de que el acusado es culpable, lo que puede asegurar el cumplimiento del estándar. Vincular la presunción de inocencia a un estándar probatorio elevado es una medida necesaria para el aseguramiento de su efectividad en tanto garantía para los acusados ante los peligros de la arbitrariedad. Debido a esta exigencia de una estricta racionalidad probatoria, se hace necesario un examen cuidadoso de las inferencias que servirán a la resolución judicial.

La presunción de inocencia no puede ser reducida a un artificio retórico⁴⁴. Ella debe incidir también en el inicio de la investigación, debe pautar la actuación de los agentes de policía, ya que las exigencias de un proceso penal democrático no se limitan al proceso judicial o a su fase final. Tanto es así que la presunción de inocencia desempeña funciones distintas en el transcurso del procedimiento, sirviendo de orientación sobre cómo el sistema penal debe tratar a los sujetos: como si fuesen inocentes desde el inicio.

⁴⁴ [...] Se puede observar que la credibilidad de la certeza de un sujeto sobre el contenido de una afirmación depende de la seriedad de las justificaciones que él está en condiciones de dar. Si las justificaciones son del tipo 'estoy seguro de eso porque estoy profundamente convencido' (es decir, no hay justificación), se trata, entonces de argumentos que tienen la misma fuerza demostrativa que los posos de café."... "Cuando se afirma, por ejemplo, que la condena de un acusado se justifica cuando el juez tiene certeza absoluta de su culpabilidad, o cuando se dice, como ocurre comúnmente, que el juez debe obtener la certeza moral sobre la existencia de los hechos de la causa, se comete un error doble: por un lado se abandona la idea de verdad, excluyéndose la necesidad de que la decisión esté basada en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado, se refuerza la idea de que en lo que debe estar basada la decisión del juez es en el grado de persuasión subjetiva que él debe obtener. (Taruffo, p. 109-110, 2012)..



En el ámbito de la actuación policial represiva, eso se traduce en la necesidad de criterios objetivos y racionales para la interceptación y registro policial. Criterios que no existen ni en Brasil, como hemos visto, ni en Argentina, como demuestra el caso ahora en juicio.

IV. VIOLACIONES A LA CONVENCION: UNA TÁCTICA DE PATRULLAJE OSTENSIBLE CONTRARIA A LA CONVENCION

En su artículo 7º, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ofrece un amplio papel a la protección de la libertad, estableciendo ya en su artículo 7.1 que todas las personas tienen “derecho a la libertad y a la seguridad personal”. Complementando esta premisa, el artículo 7.2 establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

Los Estados signatarios de la Convención deben prever, en sus ordenamientos, las causas y condiciones específicas por medio de las cuales se haga posible y justificable la restricción de la libertad de cualquier persona. Lo que, en definitiva, también significa que la legislación del Estado signatario debe permitir al ciudadano conocer, previamente, las situaciones en las cuales es posible la restricción de la libertad de alguien, haciendo las situaciones previsibles y, por tanto, evitables. Para ese propósito, las legislaciones deben evitar conceptos amplios e indeterminados, los cuales abren un gran margen de discreción a sus operadores, volviéndolos arbitrarios.

Es justamente en este contexto que la Convención estableció, en su artículo 7.3, que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.



La disposición legislativa va mucho más allá de aquellas situaciones en las cuales la restricción de la libertad tiene lugar al margen de las causas y condiciones establecidas en la legislación de cada Estado parte. Al contrario, la arbitrariedad a la que se refiere el artículo 7.3 de la Convención también es comprobada cuando el precepto legal es deturpado, siendo invocado como forma de respaldar artificialmente una actuación que, en realidad, representa una arbitrariedad.

Lo que ocurre en el tema de las interceptaciones y cacheos policiales; tanto las relatadas en el presente caso, como aquellas realizadas a diario en Brasil, siempre con el respaldo de textos jurídicos amplios e inespecíficos.

La falta de cumplimiento de la Convención es tanto formal como material. Porque las legislaciones son indebidamente amplias e imprecisas en relación a las hipótesis de cuando resulta apropiada la interceptación policial, gran parte de estas interceptaciones es realizada de forma arbitraria, incompatible con el respeto a los derechos fundamentales del individuo.

Los conceptos de “actividad sospechosa” (de la legislación argentina) y “fundada sospecha” (de la legislación brasileña) son igualmente indefinidos. Ambos términos impiden la previsibilidad de las hipótesis en que la interceptación y cacheo policial es viable, circunstancia que, por si sola, contraría las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial aquellas de su artículo 7.2.

¿Qué puede ser considerado sospechoso? En una visión más legalista y garantista, determinadas conductas. Para agentes policiales acostumbrados a basarse en



estereotipos formados dentro de una historia de violencia y abuso estatal, la ropa, el aparente poder adquisitivo y nivel social e incluso el color de la piel (un negro en un barrio cuya población sea mayoritariamente blanca) se transforman en una sospecha capaz de justificar la exclusión de derechos y hasta la violencia.

Después de todo, “la interceptación es una acción policial que desagrada, sino a todos, a gran parte de las personas que pasa por esa experiencia. Parece imposible imaginar a alguien agradeciendo a un policía al término de una interceptación. Esa es una actitud comprensible, porque a nadie le gusta tener sus derechos restringidos y su privacidad invadida, incluso aunque sea por algunos minutos”⁴⁵.

Aun así, la interceptación policial y el registro personal son utilizados ampliamente, alcanzando a millones de personas todos los años. Incluso si es así, si la interceptación es un mecanismo necesario para el patrullaje, entonces necesita adecuarse a los principios inherentes al ser humano y no puede contar con el enorme grado de subjetividad que los ampara.

Pues hoy, de forma inquietantemente banal, la arbitrariedad de las interceptaciones policiales revela una inequívoca violación de los artículos 7.1, 7.2 y 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, también, de sus artículos 11.1, 11.2 y 11.3, que disponen sobre la “protección de la honra y la dignidad”.

Prevé el artículo 11.2 que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”, siendo cierto, por tanto, que el reconocimiento de la

⁴⁵ PINC, Tania. “Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público”. Incluido en la Revista Brasileira de Segurança Pública. Año 1, ed. 2, 2007, p. 7



arbitrariedad en las interceptaciones policiales genera, igualmente, la violación de la honra y la dignidad de aquel que es objeto de ella. Así como hay violación a la obligación de que sea garantizado a toda persona el debido proceso legal (artículo 8) y los recursos judiciales para la revisión de actos que violen los derechos previstos en la Convención (artículo 25).

De tales previsiones se desprende que cualquier acto practicado por el Estado, incluyendo las interceptaciones policiales, debe ser susceptible de control judicial a través del debido proceso legal. Corresponde al poder judicial revisar las circunstancias de cada restricción a la libertad en su integridad y no solo la adecuación formal de la conducta a una disposición legal imprecisa.

El modo como las interceptaciones policiales son tratadas tanto por la legislación como por sus intérpretes (los jueces) crea un escenario ilegal, en evidente desajuste con los distintos preceptos cuya protección y reafirmación corresponde, sin duda, a esta Corte Interamericana.

V. CONCLUSIÓN Y SOLICITUD

FERNÁNDEZ PRIETO conducía su vehículo cuando fue abordado y registrado.

Aunque sea problemática la formulación previa, en términos objetivos, sobre lo que sería una “actitud sospechosa”, la simple circulación de personas en vehículo automotor es manifiestamente insuficiente para caracterizar una situación que permita la interceptación.



Pero al permitir que actuaciones como esa sean suficiente para al final llevar a condenas, no se necesita rigurosamente nada para que la policía pueda intervenir como bien le parezca en la vida de aquellos a los que debería proteger.

La norma debe ser la opuesta y el vicio inicial no puede ignorado por la idea de que los fines justifican los medios.

Como no dijeron nada más los policías responsables de las dos interceptaciones en Argentina (como también ocurre en las interceptaciones de Brasil), la revisión fue ilegal. Como consecuencia, todo lo que fue encontrado a causa de la actuación ilegal de la autoridad estatal no puede ser admitido como prueba inculpativa.

No hay que olvidar que la verdad de los hechos es importante para el procedimiento, pero no a cualquier precio, no de cualquier modo. El proceso penal no puede ser reducido a un mero espectáculo que antecede a las condenas. Es necesario rechazar una concepción del proceso penal que en nombre de la persecución de crímenes sea cómplice de ilegalidades practicadas por los propios representantes del Estado.

El aprovechamiento de los elementos probatorios ilegalmente obtenidos sirve para incentivar la práctica ilícita por parte de las autoridades policiales. A largo plazo, se produce el efecto perverso de que la acción irregular se convierte en regla y se acepta que los derechos fundamentales de los individuos se transformen en texto vacío, sin ningún resquicio del carácter normativo que deberían tener; “irregularidad endémica”, según el magistrado emérito de la Corte Suprema de España PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ.

Es precisamente para evitar tal perversidad que el ex magistrado afirma la existencia de garantías probatorias, ya que las pruebas no pueden ser producidas de cualquier forma. Por eso, defiende que el efecto es nulidad y consecuente ineficacia de la prueba:

“Esto vale tanto para los funcionarios de policía como para los jueces que realizan actuaciones ilegales. Y debe proyectarse, procesalmente hablando, en la declaración de nulidad y consiguiente ineficacia, por la inutilizabilidad de los conocimientos mal obtenidos, a efectos de formación de la convicción; en el rechazo de sentencias insuficientemente motivadas”⁴⁶.

La misma consecuencia puede ser derivada del caso de CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO, que solo caminaba. Ninguna de las circunstancias señaladas por los policías es ajena a lo que normalmente puede presentarse en la rutina de un ciudadano común. Nadie está libre de experimentar nerviosismo: situaciones de trabajo, riñas familiares, ser sorprendido por policías, sí, pueden dejar a cualquiera nervioso. Por tanto, “presentar nerviosismo”, por sí solo, no autoriza el registro personal. Tampoco es ajeno a la normalidad estar buscando una tienda inexistente en aquella localidad. No hay, de nuevo, circunstancia que merezca la calificación de actitud sospechosa.

Ya el hecho de que TUMBEIRO usaba una vestimenta no acorde a la localidad, lejos de representar una actitud sospechosa, muestra una evidente discriminación socioeconómica y echa por tierra las justificaciones anteriores: si hubiese llevado una vestimenta “acorde”, él ni siquiera habría sido preguntado sobre lo que buscaba ahí y no tendría por qué temer un abuso policial.

⁴⁶ PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, In *“La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”*, 1993.



Tal como ocurrió con FERNÁNDEZ PRIETO, TUMBEIRO fue víctima de una actuación irregular. Y es plausible decir que, siendo un caso posterior al otro, el Estado argentino perdió una oportunidad considerable de manifestarse adecuadamente contra la ilegalidad que victimó a FERNÁNDEZ PRIETO y, con eso, acabó contribuyendo para incentivar a que su policía y demás actores de la justicia penal continuasen violando las garantías fundamentales de los ciudadanos argentinos.

En Brasil, como se ha visto, la situación no es distinta. El poder judicial legitima actos de arbitrariedad cometidos en sede policial. Es cierto que la falta de criterios y protocolos sobre la interceptación y cacheo policial dificulta el control judicial, pero no lo impide. La realidad de las resoluciones judiciales objeto de la investigación en la que se apoyó este trabajo muestra engranajes bien encajados. Si la ley no dice lo que son “fundadas sospechas”, le cabe al Estado Juez hacerlo, sin acogerse al uso inadvertido de frases hecho y, por tanto, vacías.

Como se ve, tanto en Argentina como en Brasil, se perpetuó la violencia heredada de tiempos que no pueden ser olvidados, pero que deben ser definitivamente superados.

La defensa de derechos fundamentales necesita ser tempestiva. Por eso importa, cuanto antes, rechazar una concepción subjetivista y arbitraria de lo que puede ser considerado como “actitud sospechosa”. Para los policías, eso se traducirá en la exigencia de que puedan señalarse criterios objetivos como base de sus interceptaciones. Para los jueces, esta exigencia se expresa en el no aprovechamiento de actuaciones policiales irregulares. Solo así, será posible decir que la presunción de inocencia, termómetro civilizatorio de la democracia, aún se encuentra a salvo.



Ante todo lo expuesto, el IDDD solicita:

- a) su admisión como *amicus curiæ* en el presente procedimiento, adjuntando a los autos esta manifestación;
- b) que esta Corte Interamericana de Derechos Humanos considere violadora de la Convención Americana de Derechos Humanos a la postura del Estado argentino en las interceptaciones padecidas por CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PRIETO y por CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO; y
- c) que esta Corte Interamericana de Derechos Humanos considere establecer entre las medidas de no repetición:
 - i. la determinación de protocolos con criterios objetivos para la actuación policial, especialmente en los abordajes de ciudadanos, considerando la vaguedad de la legislación procesal penal en el continente, desde los ejemplos de las situaciones argentinas y brasileñas aquí retratadas;
 - ii. la obligatoriedad de la producción de datos sobre abordajes policiales y transparencia en su difusión para efectiva garantía procesal.

Sometida respetuosamente.

De São Paulo a San José da Costa Rica, el primero de junio de 2020.

FLÁVIA RAHAL
Presidente del consejo deliberativo
OAB/SP 118.584

HUGO LEONARDO
Presidente de la dirección ejecutiva
OAB/SP 252.869



GUILHERME ZILIANI CARNELÓS
Director de litigio estratégico
OAB/SP 220.558

MARINA DIAS WERNECK DESOUZA
Directora Ejecutiva
OAB/SP 157.282

DOMITILA KÖHLER
Miembro del grupo de litigio estratégico
OAB/SP 207.669

GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI
Miembro del grupo de litigio estratégico
OAB/SP 315.587

JANAÍNA MATIDA
Miembro del grupo de litigio estratégico
OAB/RJ 171076

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES
Asesora de litigio estratégico
OAB/MG 122.057

THIAGO DE SOUZA AMPARO
Profesor de Derecho/FGV Derecho SP
OAB/SP 272.768