

Título: Las requisas y otras inspecciones corporales en establecimientos educativos

Autores: Hairabedián, Maximiliano - Bernardini, Pablo

Publicado en: Sup. Penal2010 (septiembre), 174

Cita Online: AR/DOC/5708/2010

Sumario: I. Introducción. — II. Breves nociones sobre la requisas procesal. — III. Las requisas preventivas. — IV. Requisas e inspecciones sobre alumnos. — V. Conclusiones.

#### I. Introducción

Mucho se ha dicho entre nosotros sobre la requisas, pero poco es lo profundizado cuando recae sobre alumnos de establecimientos educativos, generalmente menores de edad.

Las requisas colegiales pueden ser vistas en su modalidad preventiva (genérica y sin sospecha de delito hacia una persona); o "judicial/procesal" (determinada y con sospecha fundada).

Casos de las primeras han sucedido en lugares donde se detectaron hechos de abuso de alcohol y drogas, y como respuesta se ha decidido implementar tests masivos al alumnado (1). Ejemplo de ello fue la polémica decisión en ese sentido de la intendencia de San Francisco, Provincia de Córdoba, discusión que cobró dimensión pública nacional (2).

Y en cuanto a las últimas requisas (judiciales), el caso más sonado en los últimos tiempos fue la practicada a una menor de 13 años en un colegio de Deán Funes, Provincia de Córdoba, por parte de personal policial con directivas del Juzgado de Menores, que incluyó la desnudez de la niña, señalada por otra compañera de haberle sustraído \$150 (3).

#### II. Breves nociones sobre la requisas procesal

En general, una requisas es la inspección o búsqueda en el cuerpo o vestimenta de personas de sustancias o cosas.

La requisas es una de las limitaciones al derecho a la intimidad. En materia penal está reglamentada por la legislación procesal, la cual establece que sólo se la podrá ordenar cuando haya motivos suficientes para presumir que la persona oculta objetos vinculados al hecho delictivo que se investiga (CPPN., 230; CPPC., 208). Se requiere una presunción basada en datos objetivos que justifiquen la afectación a la libertad y al pudor de la persona, en aras del descubrimiento de la verdad. Deberá ser practicada separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Por eso si se hiciera sobre una mujer, será efectuada por otra (CPPN., 230; CPPC., 209).

En principio, debe ser dispuesta por orden escrita y fundada de autoridad judicial competente (CPPN., 230; CPPC., 208), no obstante en casos urgentes (p. ej. en la vía pública, lejos de la presencia de los jueces o fiscales) se faculta a realizarla a la policía, siempre y cuando se den los motivos de sospecha que autoricen a presumir que la persona lleva consigo elementos relacionados al delito (CPPN., 184 inc. 5°; CPPC., 324 inc. 4°).

Las reformas legislativas operadas en los ordenamientos rituales de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, han regulado las requisas e inspecciones (y secuestros) sin orden judicial. En tal sentido, la ley nacional 25.434 (Adla, LXI-C, 2680) modificó el inc. 5 del art. 184 del Código Procesal Penal de la Nación, introduciendo el art. 230 bis, exigiendo para la requisas policial sin intervención judicial previa, que medien al mismo tiempo estos dos requisitos: a) circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dicha medida respecto de persona o vehículo determinado; y b) que se realicen en la vía pública o lugares de acceso público. La norma también prevé que "tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos".

Mientras que, en virtud de los cambios al art. 294 inc. 5° del CPP de Bs. As., "cuando se trate de un operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos", las fuerzas policiales y de seguridad "podrán proceder a la revisión de los efectos que porten las personas en sus ropas o que lleven en su poder de otra manera o tengan en los vehículos en que se movilicen".

Respecto de tales previsiones legales, y sin perjuicio que las mismas se hayan efectuado a través de códigos de procedimiento penal, puede decirse que por la naturaleza de las actividades a las que se refieren, están reglando requisas de carácter preventivo, como podrá advertirse de lo que se desarrollará más adelante.

Pero volviendo a la cuestión de cuáles son los motivos de urgencia que habilitan al personal policial a hacer la requisas que marca el código procesal penal, abordaré la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema, no sin antes aclarar que, como se podrá observar, hasta el día de hoy no está claro el panorama sobre este tema clave en el derecho procesal.

En el caso "Peralta Cano" (3/5/2007) el alto Tribunal concluyó que "la mera existencia de una denuncia anónima y la alegación del policía de que uno de los dos jóvenes detenidos llevaba en su mano un destornillador que no fue secuestrado, no son razones suficientes para que nos encontremos dentro de los conceptos de "causa probable", "sospecha razonable" o "razones urgentes". Si bien ésta es una situación muy particular, lo relevante del fallo es que al distinguir éste de otros casos ya resueltos, de alguna manera confirmó los criterios anteriores por los cuales se convalidaron procedimientos. Así, señaló que "al contrario de lo resuelto por la mayoría del Tribunal en el precedente "Fernández Prieto" (Fallos 321:2947), aquí la "totalidad de las circunstancias" nos permiten concluir en que no se respetaron las garantías constitucionales del imputado", ya que "en aquel caso hubo testigos del secuestro de la droga en el automóvil en que viajaban los imputados, y en éste no hubo testigos ni de la aprehensión ni de la posterior requisa". Agregó la máxima instancia judicial nacional que "tampoco puede equipararse al precedente "Flores Núñez", en donde los policías justificaron la requisa personal de la imputada en el estado de nerviosismo y en su presencia en el vestíbulo de un hotel en donde no estaba registrada como pasajera (Fallos: 321:3663), ni al del precedente "Tumbeiro", donde se daban una multiplicidad de elementos que no se dan en este caso: se trataba de una patrulla policial comisionada para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevenir el delito, y, por otro lado, los policías dieron varias razones para justificar por qué el imputado fue encontrado en actitud sospechosa (Fallos: 325:2485). Y lo mismo puede predicarse de los antecedentes "Monzón" y "Szmilowsky", donde también actuaron sendas comisiones policiales: la primera, destinada a prevenir el delito en el radio jurisdiccional de la Estación Mitre del Ferrocarril, y la segunda, se trataba del grupo Delta 34 del Departamento Operaciones Metropolitanas de la Superintendencia Drogas peligrosas. Además, hubo testigos del secuestro de los estupefacientes, y los funcionarios dieron ciertas explicaciones de por qué la actitud de los prevenidos les resulto ab initio sospechosa".

La doctrina que emerge de este fallo se encuentra vigente, es decir la convalidación de los casos anteriores, pero no sería extraño que sea modificada por una posición menos permisiva de las requisas urgentes, o sea, más restrictiva de la facultad policial. En efecto, da lugar a esta idea un fallo posterior -en el que la mayoría de los jueces no entraron al fondo del asunto por razones formales- pero que tres votos minoritarios sí lo hicieron, entre ellos el del vocal Zaffaroni, de alguna manera formador de opinión en materia penal para adentro y para afuera de la Corte. Fue el caso "Ciraolo" (20/10/2009, Fallos, 332:2397), en el cual personal de investigaciones se introdujo a un bar donde había un sujeto charlando en una mesa, y al revisarle sus pertenencias le encuentran unos cheques ilegales. Hasta aquí el caso admitiría su invalidación, inclusive en orden a las pautas del máximo tribunal en casos anteriores, puesto que no surge cuál era la actitud sospechosa del requisado. Pero resulta que en los fundamentos del voto en minoría de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, se expone la intención de abandonar la postura anterior de la Corte, con los siguientes términos. Se aclara que "una vez que el agente de prevención se encuentra ante alguna de esas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos en especial actitudes del imputado que generaron sus sospechas". Cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el cual "la sospecha tiene que apoyarse en hechos o informaciones que alcancen a convencer a un observador objetivo de que la persona de que se trata puede haber cometido la ofensa (TEDH "Fox, Campbell y Hartley" del 30 de agosto de 1990, A., N° 182, p. 16)". A continuación, expresamente se muestran contrarios a los criterios anteriores de la propia Corte ya citados en "Peralta Cano", señalando que en la disidencia del ministro Maqueda en "Waltra" la Corte sin decirlo expresamente se apartó del principio de legalidad enunciado en "Daray". Al respecto sostienen que "al analizar las circunstancias de esos casos se advierte que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley" (Fallos: 327:3829, considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda)"(4).

Por su parte, la casación nacional tiene una importante casuística en la materia, pudiendo destacarse fallos que se pronuncian por la validez de las requisas sin orden en las siguientes circunstancias: policía que advirtió cuando el imputado pretendía extraer un arma (sala IV, 11/02/2003 en "Perrone"); o a persona que intentó darse a la fuga al observar la presencia de los uniformados (sala I, 24/10/2003, "Bax") o que asumió igual actitud al querer ser identificado (sala III, 14/12/2009, "Carabajal"); también a un sujeto que se encontraba en la calle con amigos fumando un cigarrillo de marihuana (sala I, 25/9/2003, "A. M., R. H. y otro"); llamado anónimo que alertó sobre presencia sospechosa de un sujeto, que había dejado tres bultos en una terminal de ómnibus y se había retirado presuroso y nervioso del lugar (sala III, 11/10/2006, "Maldonado González"); el olfateo canino positivo durante un control vehicular (C.N.C.P., Sala II, 14/7/2008, "Gerstenkorn"); persona que al ver el móvil cambia de actitud, comienza a caminar presurosamente y mira sospechosamente hacia atrás (Sala I, 4/3/2009, "Luna"); o quien arroja objetos y documentos desde un automóvil y al ser interceptado no puede acreditar la propiedad ni origen del vehículo (Sala III, 7/9/2009, "Garone").

Y entre los que rechazan las requisas sin orden fundadas en los siguientes motivos: haber detenido al acusado anteriormente y en otras circunstancias por drogas (sala IV, 15/3/2006, "Ordinola"); limitarse a hacer

constar en el acta que la requisita se hacía de acuerdo al art. 230 bis del CPPN, sin que surja cuál era la sospecha, sin que el resultado positivo posterior pueda ser convalidante de la falta de sospecha anterior (Sala IV, 20/09/2005, "González Pereyra"); y en igual sentido, respecto a un sujeto cuya única conducta fue conducirse transportando bolsos en una terminal, ya que ésta no es una actividad sospechosa y por el contrario es usual en dicho lugar (sala II, 9/6/2006, "Desesar", L.L., 2007-A, 291); tampoco por el hecho de no justificar la presencia en una plaza pública en horas de la tarde (sala III, 24/7/2008, "Ibarra"); o por estar tomando una gaseosa en la vereda (sala IV, "Navarro").

### III. Las requisas preventivas

No deben confundirse las requisas que regulan los códigos procesales, con las inspecciones preventivas que puede hacer la autoridad administrativa en virtud del poder de policía o disciplinario.

Mientras la búsqueda que autoriza la ley procesal presupone la supuesta comisión de un delito y tiende a su investigación, en las administrativas el fin es eminentemente preventivo y se encuentra justificado en un especial interés de seguridad. La requisita dispuesta en el marco del Código Procesal Penal recae sobre personas determinadas y, de ser absolutamente necesario, puede llegar a implicar el examen completo de determinada persona (p. ej. obligarla a que se desnude), o su retención hasta que finalice el acto (p. ej., esperar a que venga una mujer policía para revisar a una persona del mismo género). En cambio, si es meramente preventiva, no requiere sospecha previa, debe ser superficial y genérica, fugaz (no se puede demorar al requisado), mínimamente invasiva de la intimidad e insignificamente molesta (5). Las modalidades más frecuentes que reúnen estos requisitos son el palpado por encima de la vestimenta, el empleo de detectores de metales u otros elementos peligrosos; la utilización de perros adiestrados. Y en cuanto a las situaciones en que se practican pueden citarse el ingreso a la cancha, a salas de embarques, el cacheo de toda persona que sea detenida, las requisas carcelarias -caso excepcional en que se admite la invasión de la intimidad del interno-; los operativos de control de pasajeros de taxis, etc. (6).

### IV. Requisas e inspecciones sobre alumnos

De acuerdo a lo dicho en la introducción y a lo que venimos desarrollando, las medidas de inspección corporal de alumnos en establecimientos educativos pueden tener distintas modalidades y alcances, entre los que se destacan los tests genéricos de detección de alcohol y/o drogas a grupos de alumnos sin que necesariamente pese sobre ellos alguna sospecha individual; y la requisita procesal puntual y determinada hacia un estudiante, como consecuencia de una sospecha en su contra de conducta delictiva.

Dijimos al comienzo que en nuestro ámbito la cuestión bajo tratamiento no ha sido desarrollada. Por eso estimamos útil hacer un repaso de las respuestas y pautas que ha dado la jurisprudencia norteamericana sobre el particular, en casos con muchos puntos en común con los sucedidos en el medio local y de los que dábamos cuenta en la introducción.

#### a) Inspecciones escolares preventivas

La Corte Suprema de Estados Unidos tiene una prolífica jurisprudencia en orden a inspecciones corporales preventivas en distintos ámbitos.

En el caso "Earls"(7) el Consejo de Educación había dispuesto tests de orina para detectar drogas en alumnos, como parte de su política de prevención de adicciones. Estaban dirigidos a aquellos estudiantes que realizaran actividades extracurriculares, sin que hubiese sobre los mismos alguna sospecha de estar incurso en uso de estupefacientes (8). La Corte Suprema de aquel país consideró constitucional el test de orina cuestionado, ya que aparecía razonable principalmente a la luz de los siguientes motivos: a) "Porque razonablemente sirve al importante interés del Distrito escolar en la detección y prevención del uso de droga entre sus estudiantes"; b) Que si bien "en el contexto criminal la razonabilidad generalmente requiere una demostración de causa probable", sin embargo "puede ser inadecuada para determinar la razonabilidad de intromisiones administrativas donde el gobierno busca prevenir el desarrollo de condiciones de riesgo"; c) La judicialidad "interferiría excesivamente con el mantenimiento de los procedimientos disciplinarios rápidos e informales que son necesarios"; d) "La intimidad de un estudiante es limitada en el medioambiente de una escuela pública, donde el estado es responsable por el mantenimiento de la disciplina, salud y seguridad. Los estudiantes son rutinariamente requeridos para someterse a exámenes físicos y vacunaciones contra enfermedades. Seguramente el orden en el ambiente escolar a veces requiere que los estudiantes se sujeten a mayores controles que aquellos apropiados para adultos". En opinión del juez Breyer, que votó adhiriendo a la mayoría, "el programa en cuestión busca desalentar la demanda de drogas cambiando el ambiente de la escuela para combatir el único y más importante factor que conduce a los chicos a llevar drogas, a saber, presión de los pares"(9). Así, señala que "se ofrece al adolescente una razón no amenazante para rehusar las invitaciones al uso de drogas de su amigo, sabiendo que él intenta jugar baseball, participar en debate, unirse a la banda o comprometerse en cualquiera de

una media docena de intereses útiles y actividades importantes".

En el sistema legal norteamericano el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema se guía en muchos casos por el análisis de la razonabilidad, que no obstante abarcar cuestiones diversas, tiene particular incidencia en materia de registros y requisas (10). Ya con anterioridad a este caso la máxima instancia judicial había decidido en el precedente "Vernonia"(11) que los tests de drogas a escolares que participaban en competencias deportivas eran razonables, en ambientes en los que la drogadicción era un serio problema, y no exigían sospecha previa por las "especiales necesidades" que la cuestión involucraba (12). También en "Von Raab" la Corte avaló el test de drogas a funcionarios de aduana considerando legítimo que el "Estado busque prevenir el desarrollo de condiciones de riesgo". Y muchos años antes en "Skinner vs. Railway Labor Executives" (489 US 602 -1989-) convalidó análisis de sangre y orina para detección de alcohol y drogas a los empleados del ferrocarril. Asimismo, el sistema de justicia norteamericano viene convalidando los tests de drogas preventivos a ciudadanos que están bajo probation, libertad y condena condicional u otros mecanismos sustitutivos de la prisión (13).

La construcción jurisprudencial norteamericana de la razonabilidad es comparable con el principio de proporcionalidad del derecho judicial continental europeo (14). De acuerdo a esta máxima la validez de una intromisión estará dada por la relación entre el grado de lesividad a los derechos constitucionales, los fines que se persiguen y la idoneidad para alcanzarlos (15). En cuanto a la dimensión de la afectación a garantías debe tenerse en cuenta en primer lugar la medida estatal. En el caso "Earls" la polémica no recaía sobre un mero cacheo superficial, ya que se requería la toma de una muestra de orina, por lo que debía analizarse la forma de recolección y la información que podía proporcionar. En base a esto la intervención corporal preventiva fue considerada leve por la Corte Suprema de Estados Unidos ya que, si bien en principio reconoce que las funciones de excretar están "tradicionalmente protegidas por gran privacidad"; entiende que "el grado de intrusión" en la intimidad "depende de la manera en que la producción de la muestra de orina es monitoreada", la que en el caso planteado se hacía en el mismo establecimiento escolar, facilitándole al alumno el recipiente para la muestra para que lo llene en el compartimento individual y cerrado del baño (16). Además se concluyó que el análisis a practicarse sólo se dirigía a la detección de drogas prohibidas, "no permitía conocer otro tipo de información sobre la persona" y los resultados quedaban "guardados en expedientes confidenciales separados de los informes de los otros estudiantes", tornando así a la medida "mínimamente lesiva".

#### b) Requisas procesales en escuelas

El caso más reciente es "Safford Unified School vs. Redding" (17). La exposición de los hechos resulta útil para la comprensión del asunto.

En octubre de 2003, en la escuela secundaria de la pequeña ciudad de Safford, Arizona, Savana R., alumna de octavo grado de 13 años, fue convocada, en medio de una clase, a la oficina del Director. Previamente, en base a información proporcionada por otra alumna, el vicedirector había interrogado a una compañera de Savana, le había revisado los bolsillos y la billetera, y había descubierto varios comprimidos de medicamentos y una hoja de afeitar y con la presión del caso había señalado a Savanna como quien se los suministrara. Al llegar a la dirección e informada de lo sucedido, negó la imputación y accedió a que le revisaran la mochila. Las autoridades no encontraron nada, pero el directivo ordenó que la llevaran a la enfermería para revisarla, donde una enfermera y una empleada hicieron que Savana se desnudara, sin que se le encontrara ningún elemento comprometedor.

La madre de la niña accionó invocando violación a la 4ta enmienda. En primera instancia no le hicieron lugar a su reclamo; tampoco en la apelación. En su voto por la mayoría, el juez Clifton reflexionó que, aunque los alumnos de las escuelas públicas gozan de diversos derechos constitucionales mientras asisten a la escuela, dichos derechos "no se coextienden automáticamente con los derechos de los adultos en otras circunstancias". La Corte de Apelaciones sostuvo que la requisita estaba justificada y que fue razonable practicarla de acuerdo con las sospechas que había en ese momento, por lo que satisfizo los requisitos del caso "Nueva Jersey versus T.L.O." (Tracy Lois Odem), el principal caso sobre requisas a estudiantes de la Corte Suprema (18), en el cual se había considerado que los derechos de los estudiantes dentro de la escuela no eran iguales que los de los adultos fuera del ámbito escolar. Pero luego de que el Tribunal accediera a rever el caso en pleno (19), tras lo cual aceptó parcialmente el reclamo. El Tribunal sostuvo que debido a que la inspección corporal de una menor es un método muy invasivo, su aplicación requiere que haya un alto grado de sospecha (20). Observó que el "sentido común" era suficiente para demostrar que una requisita no era necesaria en este caso.

Finalmente el caso llegó a la Corte Suprema, instancia en la que el juez Souter, autor del voto de la mayoría, sostuvo que la requisita había violado la Cuarta enmienda. Para ello comenzó por advertir que en el leading case "T.L.O." se requirió "sospecha razonable" (reasonable suspicious) y confirmó que los hechos que resultaron aparentes para las autoridades escolares claramente alcanzaron este nivel para la requisita original de la

mochila de Savana. No obstante, la Corte indicó que de acuerdo con los parámetros fijados en "T.L.O.", la segunda requisita (la del cuerpo de la menor) era injustificada, incluso si había una mínima sospecha. Para enmarcar esta discusión sobre cuán razonable fue la requisita al desnudo, la Corte citó evidencia de que la exposición a la fuerza puede tener incluso mayores daños psicológicos en los menores que en los adultos. El Vicedirector "debería haber sido consciente de la naturaleza y de la amenaza limitada" que eran los fármacos que él sospechaba que Savana poseía. Por último remarcó que, si bien un alumno bien podría ocultar comprimidos de remedios en su ropa interior, las autoridades escolares no tenían razón alguna para sospechar que Savana lo había hecho. Por lo tanto la requisita al desnudo de Savana fue poco razonable e ilegal según la Cuarta Enmienda. Pero la Corte se rehusó a considerar una inconstitucionalidad írrita, evidentemente notoria o escandalosa. Para ello, el alto tribunal citó opiniones anteriores al año del hecho (2003), pertenecientes a diversas Cortes de Apelaciones intermedias, que habían fallado que las requisitas de alumnos estaban justificadas según las pautas de "T.L.O.", y que el estado de la ley planteaba dudas (21).

De los nueve ministros de la máxima instancia judicial estadounidense, Thomas fue el único que consideró legal a la requisita. Él se quejó de que la ley "concede a los jueces la autoridad avasalladora de anticiparse a las medidas que estas autoridades -las educativas- toman para mantener la disciplina en sus escuelas y asegurar la salud y seguridad de los alumnos a su cargo".

#### V. Conclusiones

El estudio de las requisitas, y en especial de su casuística, fijando sus fuentes legales, diferencias, alcances, naturaleza y requisitos, tiene una repercusión muy particular e importante en la praxis del derecho procesal penal. Ello en razón de que muchas veces de la validez de éstas puede depender la suerte del acusado, su condena o absolución, por aplicación de las exclusiones probatorias (22) y porque a veces el secuestro de un elemento como resultado de una requisita es la principal prueba de cargo (p. ej., la res furtiva, la droga, el arma sin permiso para portar, el DNI ajeno, etc.). Entonces, la determinación del marco legal de validez de las intromisiones de este tipo tiene especial incidencia en la eficacia de la prueba en el proceso penal, porque de su obtención en condiciones lícitas dependerá su incorporación regular al proceso y posibilidad de valoración.

Cuando las requisitas procesal o judicial recaen sobre un menor y van a implicar su desnudez, si bien los Códigos Procesales las autorizan ante casos de sospecha de ocultamiento de elementos relacionados a un delito -porque no excluyen a los menores ni hacen distinciones etáreas-, igualmente puede evitarse disponerla, o hacerlo con límites o condiciones, mediante un análisis de su razonabilidad o proporcionalidad. Dicho en otras palabras, una medida en tales condiciones, podrá no constituir un delito -con mucha más razón para quien la ejecutó cumpliendo una orden judicial-, pero puede resultar improcedente si no se ha hecho una ponderación de principios, que en el caso de los menores, en principio, debe resolverse a su favor, en virtud de la máxima contenida en la Convención de los Derechos del Niño (art. 3, inc. 1º), que así lo establece en casos de conflictos de intereses. Llevado al terreno de los ejemplos, no parece razonable una requisita invasiva a un niño de 10 años que según el cantinero le sacó un chocolate; pero sí lo es la de uno de 16 que fue visto cuando escondía un arma de fuego debajo del pantalón. En todo caso y siempre que sea posible, si sucede en un colegio se recomienda la convocatoria a los padres o representantes del menor para hacerla en su presencia.

Al igual que con las intervenciones preventivas, toda medida de coerción o de intromisión en los derechos fundamentales con fines de investigación, también debe estar orientada por el principio de proporcionalidad -razonabilidad, según la terminología de otros países, como ya lo expusieramos-, de acuerdo a lo aceptado por la más caracterizada doctrina y jurisprudencia (23), por el cual se deben sopesar el nivel de sospecha, el grado de invasión, la duración, la gravedad y seriedad del hecho investigado, la pena del delito y la necesidad del acto. Y frente a una colisión de intereses (descubrimiento del delito vs. intimidad del menor), debe hacerse prevalecer el de mayor relevancia, que como ya dijimos en el caso de los menores, nuestro bloque constitucional lo soluciona a su favor, salvo que las pautas de proporción del caso concreto hicieran más intenso el otro fin por las razones que motivan la requisita<sup>25</sup> o pusieran en riesgo la salud o integridad del propio menor o de otros (p. ej. quien lleva droga o armas al colegio puede resultar dañado tanto él como terceros).

Finalmente, frente a los tests de alcohol y drogas en colegios, consideramos que siempre que haya un problema extendido, grave y comprobado al respecto, siendo tan mínima la invasión a los derechos que un análisis de orina supone, o un test de alcoholemia soplando un alcoholímetro, y teniendo en cuenta que, en definitiva, la prevención en ese sentido se dirige a proteger la salud e integridad de los estudiantes, y no a su persecución penal, la medida luce como razonable, proporcionada y por ende, constitucionalmente válida.

(1) Aunque técnicamente puedan encuadrarse como inspecciones o intervenciones corporales de tipo médico/químico, lo cierto es que puede tratárselo bajo el concepto amplio y genérico de requisita, por encuadrar

en su concepto, que para la Real Academia, significa "inspección de las personas".

(2) La Voz del Interior, Córdoba, 16/4/2009 y 5/5/2009, p. 9A; La Nación, 14/4/2009.

(3) La Voz del Interior, 9/4; 5 y 6/5/2010; La mañana de Córdoba, 8/4/2010. El acto fue fuente de escándalo y polémica. "No resiste el menor análisis. Es ilegal, vejatorio y absolutamente violatorio de la legislación que tiene que ver con la niñez y su intimidad", cuestionaba Héctor David, titular de la Defensoría de los Niños, Niños y Adolescentes de Córdoba (La Voz del Interior, 9/4/2010). Agregaba que "aunque la requisa personal esté prevista en el Código Procesal Penal, éste, como norma inferior, no puede ir en contra de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que protegen a la niñez y son ley en la República Argentina".

(4) También cuestionan los tres autores de la disidencia el alcance que la Corte en los casos anteriores dio al precedente "Terry v. Ohio" (392 U.S. 1; 1968) de su par norteamericana. Señalan que este fallo autoriza a la policía que está investigando un delito aun cuando las circunstancias no hayan llegado al punto de causa probable que exige la Cuarta Enmienda, a "cachear" al sospechoso para quitarle el arma y de este modo preservar su seguridad física o la de un tercero en el curso de una investigación. Para ello el policía debe demostrar cuáles eran las circunstancias sospechosas y que además el individuo podía tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde ocultaba un arma. Pero, dice la Corte argentina, "en modo alguno "Terry v. Ohio" otorga el poder a la policía para llevar arrestos al mayor o al margen de la ley. La Corte de los Estados Unidos fue más que clara en enfatizar que el propósito de la búsqueda queda limitado a encontrar un arma".

(5) Cafferata Nores, José I. y AA. VV., Manual de Derecho Procesal Penal, UNC., 2004.

(6) Sobre la cuestión puede verse Hairabedián, Maximiliano - Romero, G. Sebastián, "Requisas preventivas", en Ejercicio concreto del poder penal, comp. por Cafferata Nores, José I., Mediterránea, Córdoba, 2006; y "La requisa y el secuestro preventivo de equipajes" en Diez cuestiones de actualidad penal, Mediterránea, 2010. En la jurisprudencia, CNCP, Sala 3 en "Tufi", Sent. 121 del 27/3/2000 y Sent. 40 del 7/3/96 en "Carreño Roca"; CNApelCrim y Correc., Sala II en "Cristaldo", A.I., 15.820 del 25/9/98; en "Carballo", A.I. 14363 del 1/7/97; y en "Sade el Juri", Sent. 13448 del 29/8/96.

(7) 27/7/2002, trad. en Pensamiento Penal y Criminológico N° 10, Mediterránea, Cba., 2005.

(8) Aunque debe señalarse que las consecuencias que podrían derivar de estos exámenes no eran sanciones penales, ya que el sistema se centraba en evitar la persecución y la criminalización, confiando en el tratamiento a cargo de profesionales. La consecuencia de un test positivo es limitar la participación del estudiante en actividades extracurriculares. Hasta dos resultados positivos no hacen perder el derecho de seguir participando. Después del primer test positivo, la escuela contacta a los representantes del menor para una reunión. Puede continuar en la actividad si dentro de cinco días del encuentro recibió asesoramiento sobre droga y se somete a un segundo test en dos semanas. Para el segundo test positivo el estudiante es suspendido en sus actividades extracurriculares por catorce días, debe completar cuatro horas de asesoramiento sobre el abuso de sustancias y someterse a tests de drogas mensualmente. Recién después de un tercer test positivo el estudiante será suspendido de la participación en cualquier actividad extracurricular por el resto del año u 88 días escolares.

(9) Cita que estudiantes "cuyos amigos usan drogas ilícitas son 10 veces más proclives al uso de drogas ilícitas que aquellos cuyos amigos no lo hacen".

(10) "Griffin v. Wisconsin", 483 U.S. 868, 873 (1987); "U.S. v. Teslim", 869 F. 2d 316 (7th Cir. 1989); "Kats v. U.S.", 389 U.S. 347 (1967); "U.S. v. Place", 462 U.S. 696 (1983); "U.S. v. Cooper", 873 F. 2d 269 (11th Cir. 1989); "U.S. v. Alpert", 816 F. 2d 958 (4th Cir 1987); "U.S. v. Germosen-Garcia", 712 F.Supp. 862 (1989); "Wolf v. Colorado", 338 U.S. 25, 69 S. Ct. 1359, 93 L. Ed. 1782 (1949); "United States v. Watson", 423 U.S. 411, 96 S. Ct. 820, 46 L. Ed. 2d 598 (1976) ("Casenote legal briefs -Criminal procedure", Chapt. 5, Casenotes publishing Co, 1996).

(11) 515 U.S. 646 (1995).

(12) Pero en el caso "Earls", los reclamantes trataban de diferenciarlo del similar "Vernonia", agraviándose en que ellos no participaban de actividades deportivas y que el problema de la droga no era serio en el ámbito de estudio.

(13) A veces en un año se realizan aprox. 400.000 exámenes a personas en libertad condicional (Christie, Nils, La industria del control del delito, Del Puerto, 1993, p. 121).

(14) Pellegrini Grinover, Ada, "Pruebas ilícitas", Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 7, N° 10, 1995.

(15) Además, en sistemas legales que no siguen al del common law, se requerirá una base legal.

(16) Aunque el juez Breyer, quien votó adhiriendo al criterio convalidante de la mayoría, reparaba que "no todos estarían de acuerdo con la caracterización de esta Corte de la significación relativa a la privacidad de muestras de orina como "insignificante". Algunos encuentran el procedimiento no más invasivo que una examen médico de rutina, pero otros están seriamente avergonzados por la necesidad de proveer una muestra de orina con alguien escuchando "afuera del compartimento cerrado del baño".

(17) 25/6/2009. Información extraída en parte de Harvard Law Review, vol 123, noviembre 2009, N° 1.

(18) "New Jersey vs. TLO", 469 U.S. 325, 15/1/1985. En una secundaria de Nueva Jersey el celador sorprendió a dos alumnas fumando. Llevadas a la dirección, una lo admitió y la otra lo negó. El celador le revisó la cartera y encontró un paquete de cigarrillos y en el interior de ellos un envoltorio de marihuana. La menor fue sometida a la Justicia Juvenil y la familia planteó la invalidez de la requisita ya que se había violado la razonabilidad que exige la Cuarta enmienda. La Corte Suprema, en un fallo dividido, consideró que las autoridades de la escuela podían llevar a cabo la medida cuestionada cuando hubiera motivos razonables para sospechar que practicando la requisita, aparecería evidencia de que se han violado o se están violando las reglas del establecimiento.

(19) Las Salas del Tribunal de Apelaciones tienen la posibilidad de solicitar que un caso, por su complejidad y trascendencia pública, sea tratado por una mayor cantidad de jueces del mismo circuito. Solamente la Corte Suprema y el Tribunal de Apelaciones en pleno pueden dejar sin efecto las resoluciones de las distintas salas del Tribunal de Apelaciones.

(20) Se señaló que mientras que en el caso "T.L.O." era una requisita inicial cuyos resultados sugirieron que una segunda arrojaría mayor evidencia, en el caso de Savana, la primera requisita (de la mochila) tendría que haber despejado las dudas de los administradores y no incrementarlas. Además, la Corte del circuito sostuvo, que el dato suministrado por Marisa, que estaba sin corroborar, no hacía probable que Savana estuviera escondiendo ibuprofeno en su ropa interior en ese momento.

(21) "Williams vs. Ellington", 936 F.2d 881, 884 (6th Cir. 1991). La Directora de Graves County High School recibió la acusación de una compañera que había visto a otra con un polvo blanco y que lo había olido. La directora revisó la cartera y el casillero de la alumna, pero no encontró nada. Ante la sospecha de que la menor podía guardar la droga en sus prendas íntimas ordenó una requisita, con resultado negativo. El Tribunal de Apelaciones del Sexto Distrito consideró que la directora tenía elementos para sospechar que W. podía esconder drogas en su cuerpo, por lo que la requisita fue legal y no se había violentado ninguna regla constitucional.

(22) Hairabedián, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002 y 2010.

(23) Entre muchos otros, Cafferata Nores, José I. y AA.VV., Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de Córdoba, 2004, p. 360; Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Etxeberria Guridi, José Francisco, Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, Trivium, Madrid, 1999; Jaime, Marcelo Nicolás, "La intromisión estatal en la esfera de intimidad de las personas con fines probatorios" en Exigencias actuales de la persecución penal, comp. por Cafferata Nores, José I., Mediterránea, Córdoba, 2004; C.S.J.N., 19/2/2008, 331:211, "R., M.J."; C.N.C.P., Sala III, 14/2/2005, "Cabrera", voto de la Dra. Ledesma; T.S.J.Cba., S. 59, 8/6/2000 en "Sánchez"; T.C.España, S. 126/2000; T.S.España, S. N° 6, 27/2/2007. La jurisprudencia española también admite como factor de ponderación, "la trascendencia social del delito" (T.S., Sents. del 2/11/2004, y N° 146 del 28/2/2007 y otras).

(24) La Cámara de Acusación de Córdoba, al resolver un resonante caso en el cual dos mujeres menores de 16 años fueron sometidas a una requisita vejatoria en una comisaría a la que habían sido trasladadas para ser entregadas a sus padres porque conducían una motocicleta sin carnet habilitante y habían intentado eludir el control, señaló que "sin dudas debe calificarse de degradante, pues, claramente, el hecho de obligarlas a desnudarse por completo y a abrirse las nalgas, en un contexto que de ninguna manera tornaba razonable semejante actuación, humilla y envilece a niñas de 16 años de edad, afectando su dignidad y su intimidad" garantizadas por la Convención de los Derechos del Niño (CAcus.Cba., A. 270, 28/12/07, "León"). Pero admitió

el órgano de apelaciones que dicha práctica no implica "per se, un trato degradante, pues ello dependerá de si las circunstancias propias del caso permiten tener como razonable, o no, a dicho proceder. Y 'razonable', en este contexto, significa, precisamente, que existan razones para una actuación así, esto es: que básicamente exista una relación de necesidad o por lo menos de adecuación entre medio y fin, y que, además, el interés público perseguido sea proporcional a la afectación de los derechos individuales". Otro aspecto del caso fue que la requisita había sido ejecutada por una agente porque se lo ordenó un comisario, y ante su objeción éste le dijo que correspondía hacerla de manera preventiva como se lo hace con todo detenido, lo cual no se consideró configurativo de una obediencia debida eximente, señalando el tribunal de apelaciones -en solución que no compartimos para el caso- que "dicha obediencia, en virtud de lo establecido por los citados arts. 2.3 y 16.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no puede ser invocada como justificante en este caso, por lo que permanece plenamente antijurídico el hecho aquí analizado de la imputada"