TOMO 1

Medidas de coerción en el proceso penal

DIRECTOR
Gonzalo Miranda

COORDINADORA
Julia Berruti

PRÓLOGO
Ramon Ragués i Vallès

Editores del Sur

TOMO **1**

Medidas de coerción
en el proceso penal

DIRECTOR
Gonzalo Miranda

COORDINADORA
Julia Berruti

PRÓLOGO
Ramon Ragués i Vallès

Editores del Sur

Medidas de coerción en el proceso penal 1 / Camilo Alberto Quintero Jiménez ... [et al.]. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editores del Sur, 2024.

348 p. ; 23 x 16 cm. - (Medidas de coerción en el proceso penal / Gonzalo Miranda ; 1)

ISBN 978-631-6518-32-3

1. Derecho. I. Quintero Jiménez, Camilo Alberto

CDD 345.05

© 2024. Editores del Sur
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo
Dirección editorial: Hernán Simkin
contacto@editoresdelsur.com

Diseño de portada: Eduardo Argañarás
Impresión: La Imprenta Ya

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones publicadas por Editores del Sur incumbe exclusivamente a los autores firmantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo y expreso del Editor. Impreso en Argentina – *Printed in Argentina*

Contenido

Prólogo 17

Presentación 21

Orientación epistémica del proceso penal desde una perspectiva constitucional. Una aplicación al ámbito de la formulación de un estándar de prueba para la prisión preventiva 23
Camilo Alberto Quintero Jiménez

1. Introducción 23
2. Debido proceso, orientación epistémica del proceso y concepción racionalista de la prueba 26
2.1. Un modelo de proceso penal epistémicamente orientado 26
2.2. ¿Cómo puede derivarse el compromiso constitucional con un proceso penal epistémicamente orientado del derecho al debido proceso? 27
2.3. Orientación epistémica del proceso y razonamiento probatorio 30
3. Prisión preventiva y orientación epistémica del proceso 33
3.1. Estándar de prueba para la medida de aseguramiento/prisión preventiva en Colombia 34
3.2. Lineamientos para una propuesta de estándar de prueba para la prisión preventiva 39
4. Conclusiones 46
5. Bibliografía 47
5.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 49

La prueba y la verdad en el sistema acusatorio 51
Inda Browarnik

1. La prueba y la verdad 51
1.1. La relación entre prueba y verdad 51
2. Concepto de prueba 54

2.1. Concepto jurídico. Sentido polisémico 54
2.2. Concepto metajurídico de prueba 58
3. La función de la prueba en el sistema acusatorio adversarial 59
3.1. Sistema acusatorio adversarial. Concepto y finalidad 59
3.2. Reglas del sistema acusatorio adversarial 60
3.2.a. Independencia del juez 60
3.2.b. Juicio oral, público, inmediación 63
3.2.c. Contradicción 64
4. Objeto de prueba. Consideración en concreto. Utilidad y pertinencia 67
5. Necesidad de la prueba. Conclusión 68
6. Bibliografía 69

La aplicación excesiva de la prisión preventiva y su impacto en las cárceles federales de Argentina 71
Yesmina Palavecino

1. Introducción 71
2. Estándares nacionales e internacionales 73
3. Aplicación de la prisión preventiva 80
3.1. El uso y abuso en la aplicación del instituto 80
3.2. Análisis estadístico 82
4. El impacto en las cárceles federales de Argentina 86
5. Propuestas reduccionistas 91
6. Conclusión 93
7. Bibliografía 94
7.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 98

Periculum libertatis. El fundamento legítimo y la acreditación de los riesgos procesales en la decisión sobre la prisión preventiva 99
Gonzalo Miranda

1. Los elementos que componen la decisión sobre las medidas de coerción 99
2. Peligrosidad procesal. La posibilidad de acreditar eventos futuros 101
3. Fuga o riesgo de fuga 106
4. Entorpecimiento de la investigación 112
5. Conclusiones 120
6. Bibliografía 121

Las alternativas a la prisión preventiva y la morigeración de la coerción en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Un análisis crítico de la actual regulación 125
Jorge Daniel Pirozzo

1. Introducción 125

2. Los principios de subsidiariedad y necesidad como guías y ejes centrales en la materia 128

3. Reformas procesales que implicaron un importante retroceso en la legislación procesal bonaerense en materia de subsidiariedad de las medidas de coerción 132

4. Las alternativas a la prisión preventiva 136

4.1. Regulación legal de las alternativas 136
4.2. Procedencia 137
4.3. Otras modalidades 139

5. La morigeración de la coerción 141

5.1. Regulación legal 141
5.2. La morigeración ordinaria 143

5.2.a. La prisión domiciliaria con control o vigilancia electrónica 145
5.2.b. El encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica 145
5.2.c. El ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella 145

5.3. Morigeración extraordinaria 146

5.3.a. La objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos 148
5.3.b. Las condiciones personales del imputado 148
5.3.c. Otras circunstancias que se consideren relevantes 149
5.3.d. Posibilidad de evitar el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio mediante esta medida atenuada 149

6. Revocatoria, cese y caducidad de las alternativas a la prisión preventiva y de la morigeración de la coerción 153

6.1. Revocatoria por incumplimiento de reglas y condiciones bajo las cuales fue otorgada la atenuación 153
6.2. Cese por vencimiento de plazos fatales 153
6.3. Caducidad de la atenuación 154

7. Impugnación en materia de atenuación de la coerción. Crítica al efecto suspensivo previsto en caso de recurso fiscal 155

8. Consideraciones finales 159

9. Bibliografía 161

Prisión domiciliaria en mujeres madres. Afectaciones, obstáculos y desafíos 163
Florencia A. De Blasiis

1. Introducción 163
2. Medidas de coerción 164
2.1. Naturaleza y caracteres de la prisión domiciliaria 164
2.2. Marco normativo 166
3. Decisiones judiciales con perspectiva de género 169
4. Las mujeres y sus roles en la cadena de tráfico de estupefacientes 171
5. La prisión domiciliaria: desafíos y obstáculos en su implementación 173
6. Reflexiones finales 176
7. Bibliografía 178
7.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 180

Las decisiones intermedias en el proceso penal bajo tres perspectivas. Género, raza y clase 181
Lucía Fernández Ramírez

1. Introducción 181
2. Primero lo primero 182
3. "¿Víctimas o victimarias?" (todo se reduce a una etiqueta) 185
3.1. Conceptos generales 185
3.2. La mirada sobre los estereotipos que permean el procedimiento 188
3.3. ¿Importa la gravedad del delito? 193
3.4. ¿Es éste un criterio aplicable con algún diferencial en casos de mujeres y disidencias imputadas? 195
4. Algunos ejemplos de decisiones intermedias 198
4.1. Estado de inocencia y debate sobre la prisión preventiva 198
4.2. Herramientas utilizadas: la pericia psicosocial de ITF 200
4.3. "Estado de necesidad" 204
4.4. La noción de vulnerabilidad y cómo se manifiesta en el proceso 206
5. ¿Por qué es importante llegar a la decisión final con ciertas cuestiones depuradas? 207
6. Bibliografía 208

La perspectiva de género en la decisión sobre medidas de coerción para mujeres 219
Agustina Rodríguez

1. Introducción: ¿Por qué pensar la prisión preventiva desde la perspectiva feminista? 219
2. Las necesidades especiales y el enfoque diferenciado 222
3. Algunas pautas para decidir la imposición de medidas de coerción a mujeres 227
3.1. La acreditación del supuesto material 228
3.2. La verificación de peligros procesales 232
3.3. La proporcionalidad de la medida de coerción 235
4. Conclusiones 237
5. Bibliografía 238

El agente encubierto informático. Un análisis de la regulación actual desde la perspectiva de las garantías constitucionales 243
Julia Berruti

1. Introducción 243
2. Nociones conceptuales sobre el agente encubierto convencional e informático 245
2.1. El agente encubierto convencional 245
2.2. El agente encubierto informático 249
3. Recepción legislativa del agente convencional. Posibilidad de aplicación en el ciberespacio 250
3.1. La ley de delitos complejos y el Código Procesal Penal Federal 250
3.2. Discusión acerca de su aplicación en el ciberespacio 252
4. Recepción legislativa del agente encubierto digital en nuestro país. Análisis crítico 257
4.1. Proyectos de reforma 257
4.2. Recepción legislativa actual 259
5. Conclusión 265
6. Bibliografía 267

El desbloqueo compulsivo de teléfonos celulares con datos biométricos de la persona imputada frente a la garantía contra la autoincriminación forzada 269
Gonzalo Guerrero

1. Introducción 269
2. La garantía contra la autoincriminación forzada en la doctrina y la jurisprudencia 273
2.1. Interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia locales frente a medidas de prueba sobre el cuerpo de la persona imputada 273
2.2. El contenido testimonial implícito: la jurisprudencia de los Estados Unidos y la propuesta de Polansky 279
2.3. El desbloqueo compulsivo y la garantía contra la autoincriminación forzada en la doctrina y jurisprudencia argentinas 282
3. Análisis del desbloqueo compulsivo mediante datos biométricos de la persona imputada y su constitucionalidad 285
3.1. El desbloqueo compulsivo frente a las interpretaciones tradicionales de la garantía contra la autoincriminación forzada 285
3.2. Análisis de la doctrina del contenido testimonial implícito y su aplicabilidad por los tribunales locales 288
4. Conclusión 291
5. Bibliografía 293
5.1. Doctrina 293
5.2. Jurisprudencia local 295
5.3. Jurisprudencia extranjera 296

Extracción defectuosa de evidencia digital 297
Diego Stratiotis

1. Introducción 297
2. Nociones técnicas preliminares 298
2.1. Evidencia digital 299
2.1.a. Concepto 299
2.1.b. Características 300
2.2. Cadena de custodia y protocolos de actuación 301
2.3. Copia forense y *hash* 302
2.4. Bloqueador de escritura 303
3. Antecedentes jurisprudenciales 303
3.1. Apuntes sobre dos casos con soluciones opuestas 304

3.1.a. El primer caso: condena 304
3.1.b. El segundo caso: declaración de nulidad 306

3.2. Resumen de los casos y planteo del tema 309

4. Paradigmas epistémicos en la búsqueda de la verdad 310

5. Protocolo de actuación, confiabilidad y perjuicio (¿concreto?) 314

6. Conclusión 318

7. Bibliografía 319

Juicios paralelos. Apuntes sobre conflicto y dolor en un derecho penal y procesal penal conforme a ontología 321
Rodolfo Piccioni

1. Algunas precisiones conceptuales 321

2. Juicios paralelos, enseñanza del derecho y conflicto 324

3. Juicios paralelos y presunción de inocencia 327

4. Juicios paralelos y dogmática penal y procesal penal 332

5. El juicio paralelo en el caso “Báez Sosa” 338

5.1. Aspectos jurídicos 338
5.2. Aspectos extrajurídicos 342

6. Conclusiones 344

7. Bibliografía 346

Prólogo

Durante muchas décadas, importantes juristas dedicados al estudio del derecho procesal han tratado de construir la llamada teoría general del proceso, una suerte de paraguas teórico capaz de abarcar y explicar con sus conceptos comunes toda clase de procedimiento judicial, incluido el procedimiento penal. Sin embargo, en dicha aproximación al proceso siempre han tenido un encaje muy complicado las medidas restrictivas de derechos que pueden adoptarse en el procedimiento penal. Tales medidas no tienen parangón en ningún otro procedimiento: desde la prisión preventiva hasta las prohibiciones de comunicación o aproximación a determinadas personas, pasando por las intercepciones de todo tipo de comunicaciones o los registros de lugares o personas, etc. Ciertamente, otros procedimientos también conocen las llamadas medidas cautelares, pero su alcance –eminentemente patrimonial– queda muy lejos del grado de intromisión que pueden alcanzar en el procedimiento penal las restricciones de derechos de la persona investigada.

En tiempos más recientes, se ha empezado a teorizar sobre la circunstancia de que tales restricciones suponen inevitablemente una anticipación material de la pena y sobre la necesidad de compensarla con el posterior castigo. Algo que muchos ordenamientos ya reconocían a propósito de la prisión preventiva y su posibilidad de compensarla con la pena de prisión, pero que la doctrina y alguna jurisprudencia han empezado a querer extender a otras medidas cautelares o, incluso, al caso de las llamadas dilaciones indebidas o los juicios paralelos. Es evidente que este vínculo entre limitaciones procesales de derechos y sanción penal no concurre

en ninguna otra clase de procedimiento distinto del penal, lo que obliga a abandonar en gran medida el propósito de construir una teoría general del proceso y a centrarse en el tratamiento diferenciado del proceso penal y en sus relaciones con el derecho penal sustantivo. Un pensamiento al que, sin duda, han contribuido en las últimas décadas ilustres juristas latinoamericanos, como Julio Maier o Daniel Pastor.

En esta línea, las medidas restrictivas de derechos en el procedimiento penal requieren, ante todo, de justificación y, a tal efecto, resulta clave la idea de proporcionalidad. En muchos casos, ciertamente, el legislador ya ha determinado en la ley qué debe considerarse proporcional en este ámbito y a menudo tal decisión ha sido confirmada por los máximos tribunales locales y por instancias judiciales supranacionales en materia de protección de derechos humanos. Sin embargo, la decisión del legislador se concreta en un marco penal muy amplio y no exime al juez de tener que efectuar también consideraciones de proporcionalidad referidas a cada caso concreto que se le presenta. Muchas de tales consideraciones obligan a ponderar magnitudes no fácilmente comparables: por un lado, un objetivo social tan indeterminado como la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento de la administración de justicia, que requiere que, por regla general, los hechos con apariencia delictiva se investiguen, juzguen y, en caso de confirmarse su carácter delictivo, sancionen de modo efectivo; y por otro lado, los concretos derechos fundamentales de la persona investigada: libertad, intimidad, presunción de inocencia, etc. No es nada sencillo afirmar, sin más, que la evitación de un daño a un interés colectivo indeterminado, que depende de la acumulación de otros muchos asuntos similares, está en condiciones de justificar automáticamente daños gravísimos y perfectamente tangibles en los derechos de una persona todavía inocente.

Esta dimensión claramente constitucional del proceso penal, unida a los vínculos descritos con el derecho penal sustantivo, convierten en imposible –o, en todo caso, en muy poco fructífera– la tarea de buscar denominadores comunes con otras clases de procedimientos judiciales. Como afirmara Claus Roxin, ciertamente es posible intentar construir conceptos comunes a todo proceso, como “cosa juzgada” u “objeto procesal”, “pero una definición plena de sentido sólo puede ser brindada en el marco del Derecho procesal correspondiente, mientras que un concepto superior

común resulta demasiado abstracto y, por tanto, nada aportará a la tarea de administrar justicia" (Roxin, [1998] 2000: 6).

Aunque sea de manera en muchos casos implícita, la necesidad de una aproximación diferenciada al proceso penal y sus instituciones late tras el texto que tengo el honor de presentar y que contiene las aportaciones de algunas de las voces más interesantes que pueden oírse actualmente en el debate latinoamericano en torno al proceso penal y, más concretamente, las llamadas medidas de coerción.

La primera parte de la obra se enfrenta a una institución muy tradicional del proceso penal, pero no por ello menos problemática: la prisión preventiva. Los trabajos de Camilo Alberto Quintero Jiménez, Yesmina Palavecino, Gonzalo Miranda, Jorge Daniel Pirozzo y Florencia A. De Blasiis analizan cuestiones fundamentales en el estudio de esta figura, como los estándares probatorios para su adopción, la valoración de los llamados riesgos procesales o la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas.

Como he tenido ocasión de exponer recientemente en mi libro sobre la materia, coincido con la mayoría de estos autores en que la prisión provisional debe ser reducida a la condición de *ultima ratio* del sistema procesal, lo que puede lograrse limitando su empleo a aquellos supuestos en los que se observa mayor probabilidad de condena, los riesgos procesales son más elevados y no existe medida alternativa posible al alcance del juez. Es urgente que las autoridades realicen un importante esfuerzo para reducir el inaceptable número de presos preventivos que a día de hoy albergan las prisiones de muchos países de nuestro entorno, lo que pasa, sin duda, para otorgar un mayor protagonismo a las medidas alternativas, como se propone en varios de los trabajos aquí compilados.

La segunda mitad de la obra se centra en medidas de introducción más recientes, pero no por ello menos problemáticas, como el agente encubierto informático –en el texto de Julia Berruti–. el desbloqueo de teléfonos celulares con datos biométricos –en la contribución de Gonzalo Guerrero– o la evidencia digital –en el artículo de Diego Stratiotis–. Todas estas medidas resultan muy atractivas para lograr una persecución más eficaz del delito, pero al mismo tiempo suscitan serias dudas respecto de su compatibilidad con el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona investigada, por lo que su análisis en detalle es más que conveniente al objeto

de proponer la fijación de los correspondientes límites y garantías en su utilización por parte de los cuerpos policiales.

Finalmente, un tercer grupo de trabajos, que se van intercalando a lo largo del volumen, se ocupa de cuestiones más genéricas, pero no por ello menos trascendentes desde un punto de vista práctico: Agustina Rodríguez y Lucía Fernández Ramírez se encargan de analizar los posibles sesgos discriminatorios que concurren en la adopción de medidas coercitivas; Inda Browarnik se enfrenta a una cuestión tan fundamental como la prueba y verdad en el sistema acusatorio, dedicando especial atención también a la prisión preventiva; y, por último, Rodolfo Piccioni nos habla de la trascendencia de los juicios paralelos, un fenómeno que ciertamente no es nuevo, pero cuya lesividad para el investigado se ha acentuado en los últimos años debido a la inmediatez con la que fluye la información a través de las nuevas formas de comunicación y las filtraciones, más o menos interesadas, de los propios agentes del sistema de justicia penal.

Todos estos trabajos tienen en común la voluntad de enfrentarse a las instituciones que configuran la realidad cotidiana del proceso penal y no se conforman con ofrecer simples análisis exegéticos de la ley o buscar la armonía sistemática como un fin en sí mismo. Los respectivos autores parten de una aproximación realista y crítica de la práctica procesal, que en muchos casos incorpora aportaciones criminológicas, y se enfrentan con propuestas originales a la difícil legitimidad de las figuras analizadas y a la necesidad de trazar límites a su empleo. Un enfoque que ojalá permita a esta meritoria obra influir en la aplicación judicial del derecho en un ámbito tan sensible para los derechos humanos.

Ramon Ragués i Vallès
Catedrático de Derecho Penal
Barcelona, 28 de junio de 2024

BIBLIOGRAFÍA

Roxin, C. ([1998] 2000). *Derecho procesal penal* (25.ª ed.) (trad. española a cargo de G. E. Córdoba y D. Pastor). Buenos Aires: Editores del Puerto.