

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

<i>Periculum libertatis</i> . 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 <i>hash</i>	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 trascendentales 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.