

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA | 2020

1. NUEVAS NORMAS SOBRE MEDIDAS DE COERCIÓN IMPLEMENTADAS EN EL CPPF

Natalia Sergi

VOCES

CÓDIGO PROCESAL PENAL. REFORMA LEGAL. PRISIÓN PREVENTIVA. EXCARCELACIÓN. RIESGOS PROCESALES.

NUEVAS NORMAS SOBRE MEDIDAS DE COERCIÓN IMPLEMENTADAS EN EL CPPF

Natalia Sergi

1. ANTECEDENTES

La *Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF*¹ puso en vigencia (entre otras) tres normas que se refieren a medidas de coerción: los arts. 210, 221 y 222². Estos son los avances del sistema federal en un proceso de reforma llevado adelante en etapas, intentando quebrar los resabios inquisitivos, en este caso, en materia de medidas de coerción —especialmente el encarcelamiento preventivo—.

¹ Boletín Oficial del 19/11/2019, se ha publicado la [resolución nº 2/2019](#) de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF, del 13/11/2019, que ha implementado (entre otras) los artículos 210, 221 y 222 de la ley 27.063 y sus modificatorias, conforme texto ordenado mediante Decreto PEN 118/2019.

² Artículo 210. Medidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto.

Artículo 221. Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; b. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos; c. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permita presumir que no se someterá a la persecución penal.

Artículo 222. Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución; c. Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Transformar el sistema binario de encarcelamiento preventivo en uno de medidas de coerción se encuentra pendiente y estas normas (esperamos) intentan dar un paso adelante. Ello no depende de modo exclusivo de la reforma normativa, sino, antes bien, del modo en que opera el sistema en su conjunto. Es que una regulación que se pretende acusatoria y cautelar del encarcelamiento preventivo puede convertirse en un sistema completamente sustantivista en los hechos. Y a la inversa, la normativa inquisitiva y binaria, puede dejar de serlo ante una interpretación y aplicación compatible con el sistema constitucional de medidas de coerción. De manera tal que el resguardo y respeto de los límites constitucionales a la imposición de medidas cautelares no se completa sólo con la reforma normativa, exige la evolución hacia la compatibilización de la aplicación de la ley procesal a la CN (Sergi 2016).

Esta modificación en la concepción de la prisión preventiva lleva algunos años en la jurisprudencia. Al final de la década '90, se comenzó una revisión de la concepción binaria de la prisión preventiva en el sistema federal (Sergi 2006). En primer término, tímidamente con algunos fallos de Cámaras de Apelaciones, luego con mayor fortaleza hasta que el plenario de la Casación federal [Díaz Bessone](#) quebró la presunción *iure et de iure* que establece el CPPN, 316 respecto del riesgo procesal ante una escala penal mayor de 8 años de prisión en expectativa —los denominados delitos inexcusables— y luego lo hizo la CSJN en [Loyo Fraire](#) (2014). Estos fallos se enmarcan en el tránsito del *sistema binario* hacia un sistema un tanto más racional de aplicación del programa constitucional de medidas cautelares (que también es posible advertirlo a nivel regional en nuevos estándares de los organismos internacionales —principalmente y sólo por citar los ejemplos más claros, el fallo de la CortelDH, [Suárez Rosero](#), y el [Informe 35/07](#) de la CIDH—).

El plenario de la —en ese entonces— CNCP, [Díaz Bessone](#)³ sentó como doctrina que

...no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el Artículo 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal⁴.

³ CNCP, "Díaz Bessone". 30/10/2008.

⁴ Artículo 316. Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquélla, su exención de prisión.

El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiese corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal (expresión "...salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal" incorporada por artículo 12 de la [ley N° 24.410](#) B.O. 2/1/1995)

Si el juez fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le remitirá, si correspondiere, la solicitud.

Artículo 317. La excarcelación podrá concederse:

1°) En los supuestos que correspondiere la exención de prisión.

De este modo se indicó que ya no resultaba admisible que el legislador establezca una presunción *iure et de iure* del riesgo procesal construida en virtud de la pena en expectativa. El imputado podrá acreditar que el peligro procesal no se verifica en el caso a pesar de la elevada escala penal. Esta construcción la podrá hacer conforme con los criterios del CPPN, 319 que tradicionalmente funcionaron como una cláusula de cierre impidiendo la libertad en los casos en los que procedía la libertad conforme el CPPN, 316. Estos son: las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores.

Esto, sin embargo, violenta nuestro programa constitucional, pues acepta que el legislador establezca como pauta para el análisis del riesgo procesal una presunción —aunque sea— *iuris tantum*. Por una parte, de acuerdo a la interpretación que se le ha asignado a las normas, el eje seguirá siendo la escala penal y la posibilidad de condena de ejecución condicional, lo que puede resultar —y generalmente lo será— un análisis sustantivo de la procedencia de la medida cautelar. Por la otra, establecer presunciones, aun *iuris tantum*, invierte la carga probatoria de acreditar la existencia del riesgo procesal, y por lo tanto, pervierte el principio de excepcionalidad. El principio de inocencia tiene como derivación el *onus probandi*, que implica que es el Estado —a través de la actividad del acusador público— quien debe destruir la inocencia del imputado, y no a la inversa, esto es, que sea el imputado quien deba acreditarla (Maier 1996). Por supuesto, esto también tiene su correlato en las medidas de coerción. Es que es el Estado quien debe acreditar que existe el peligro procesal, presupuesto ineludible de la aplicación de las medidas cautelares, y no a la inversa. Por aplicación del *onus probandi* no es el imputado quien debe verificar que el proceso no se encuentra en riesgo, el peligro procesal debe ser acreditado por el tribunal para el caso concreto, como condición de legitimidad para la imposición de la medida cautelar. De tal modo que en el programa constitucional de medidas cautelares no es admisible la presunción *iure et de iure*, del *sistema binario*, ni tampoco la presunción *iuris tantum* de Díaz Bessone.

A pesar de estas objeciones jurídicas, la importancia en nuestro sistema del plenario es indiscutible. Y de hecho el quiebre de la presunción *iure et de iure* ha elevado el estándar de acreditación del peligro procesal, aunque ello no fue indicado expresamente en el plenario, sólo lo fue en el voto de la jueza Angela Ledesma —cuya lectura resulta muy valiosa— en tanto, va más allá de la

2°) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan.

3°) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada.

4°) Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme.

5°) Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios.

Artículo 319. Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

posición mayoritaria e indica de qué modo debe ser examinando el peligro procesal y más aún cómo debe ser acreditado en el caso concreto (Sergi 2016).

Y esta secuencia jurisprudencial fue esquematizando (aunque de manera borrosa) determinados estándares en el modo en que se examina la presunción legislativa, configurando de este modo, criterios de peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación. Por supuesto de estos criterios —hasta ahora irresolutos— fueron fluctuantes. En términos generales, jurisprudencialmente se ha establecido una postura que ha circunscripto sus consecuencias a la presunción establecida en el CPPN, 316, —conforme el voto mayoritario del fallo—; y una postura que ha ido más allá (en el camino establecido por el voto de la jueza Ledesma) que resulta más respetuosa del programa constitucional sobre medidas de coerción.

a) Características comunes a ambas posturas

Existe una mayor fundamentación de los peligros procesales que antes del plenario no era sencillo de encontrar⁵ y muchas veces se distingue en la motivación entre ambos riesgos procesales. La escala penal continúa siendo un aspecto determinante del peligro procesal, junto con la gravedad del hecho⁶ y la reiteración delictiva⁷.

La consecuencia de [Diaz Bessone](#) es que el arraigo se ha convertido en un aspecto fundamental en el análisis del peligro procesal⁸. El arraigo suele estar vinculado con la verificación del nombre y domicilio correctos del imputado⁹, la evaluación sobre si el imputado ha sido veraz en brindar estos datos¹⁰, y los vínculos familiares —especialmente hijos pequeños a cargo—, formales e informales que indiquen este arraigo¹¹.

En cuanto a la distinción de los peligros procesales, se advierte del análisis que el peligro de fuga constituye un porcentaje muy elevado de casos. Los aspectos centrales sobre los cuales gira el análisis del peligro de fuga se refieren a la condición de extranjero¹²; la situación de calle¹³; el

⁵ CNCP, Sala 3. “Loarte Quijano”. 26/3/2010

⁶ CNCP. “Da Costas Dias”. 2/5/2008; CNACC, Sala 1. “Armoa”. 13/7/2009; CNACC, Sala 1, “RAH”. 30/4/2008.

⁷ CNACC, Sala 1. “Salazar”. 7/12/2010; CNACC, Sala 1. “MJGO”. 7/12/2010; CNACC, Sala 1. “García”. 28/9/2010.

⁸ CNCP, Sala 2. “Da Costa Dias”. 2/5/2008.

⁹ CNACC, Sala 1. “HAD”. 16/11/2010; CNACC, Sala 1. “SV”. 19/10/2010; CNACC, Sala 1. “Velasco Laime”. 30/9/2010.

¹⁰ CNCP, Sala 3. “Villalba”. 22/12/2009; CNACC, Sala 1. “MJGO”. 7/12/2010; CNACC, Sala 1. “García”. 28/9/2010; CNACC, Sala 1. “Méndez Vázquez”. 29/6/2010; CNACC, Sala 1. “Liway”. 24/6/2010; CNACC, Sala 4. “Samudio”. 6/10/2009.

¹¹ CNCP, Sala 3. “Loarte Quijano”. 26/3/2010.

¹² CNCP, Sala 4. “Hogan”. 8/2/2010. Voto en disidencia.

¹³ CNACC, Sala 4. “Cáceres”. 19/2/2009: “...debe ponderarse que al ser detenido brindó su verdadero nombre y no registra rebeldías. La circunstancia de que carezca de dominio —pues vive en la calle— no puede conformar un obstáculo para la concesión de la libertad...”

momento se produce la fuga¹⁴ o la ausencia de presentación del imputado al proceso¹⁵ y la incidencia de la presentación de manera voluntaria¹⁶.

El entorpecimiento de la investigación abarca un porcentaje mucho menor de casos, vinculados principalmente a investigaciones en curso (en general, en los momentos iniciales) y los casos de amenazas a testigos¹⁷. A modo de ejemplo:

...se debe valorar negativamente también la circunstancia de que se encuentra suficientemente acreditado el peligro de entorpecimiento de la investigación, en atención a las amenazas de muerte que habría recibido la víctima, con posterioridad a los hechos investigados en el principal y antes del encarcelamiento preventivo de [...], con la expresa finalidad de que no informara a terceros sobre lo acontecido. A esta circunstancia, dentro del mismo riesgo procesal, debemos sumarle la necesidad de profundizar la pesquisa a efectos de lograr la incautación de la pistola 9 mm que el imputado habría utilizado en los hechos, desconociéndose aún si resulta legítimo usuario de arma de guerra. Conforme surge de las evidencias incorporadas en el principal, [...] habría salido del domicilio de la calle [...] en poder de la referida arma de puño, desconociéndose de momento donde pudo guardarla, por lo que restan practicar diligencias en este sentido, las que claramente podría verse entorpecidas con su liberación (CNACC, Sala 1°, "RMA", del 28/9/2010)

b) Postura tradicional

La postura tradicional —mayoritaria en el fallo [Díaz Bessone](#)— aplica el *sistema binario* exclusivamente con la modificación sobre la presunción *iuris tantum* del CPPN, 316.

Por ese motivo, la fundamentación sobre el peligro es mucho más laxa cuando se verifica el monto de pena y mucho más rigurosa para confrontar que eso no indica peligro procesal en el caso concreto¹⁸. Es que el examen parte de la privación de la libertad y por esa razón fundamenta con mayor severidad la libertad que su privación. Violenta el *onus probandi* pues en definitiva le impone al imputado la obligación de acreditar que el peligro no existe, incluso el estándar es aún mayor que para el propio Estado, pues comprueba el riesgo sólo con una circunstancia objetiva —monto de la pena—.

Se advierte que en casos con escala penal elevada (CPPN, 316), determinadas características del hecho, la seriedad del delito¹⁹, a pesar de que se verifica el arraigo —es decir, no se verifica el peligro procesal— se suele aplicar una caución (CPPN, 320)²⁰. Esta postura tradicional no advierte que la caución es sólo una medida cautelar menos gravosa que el encarcelamiento preventivo —

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones de Rosario. "Belinatto". 27/5/2011.

¹⁵ CNCP, Sala 2. "Villaruel". 18/3/2010.

¹⁶ CNCP, Sala 3. "Loarte Quijano". 26/3/2010.

¹⁷ CNACC, Sala 1. "Velasco Laime" 30/9/2010; CNACC, Sala 1. "Riveros". 28/9/2010.

¹⁸ CNCP, Sala 4. "Hogan". 8/2/2010; CNACCF, Sala 2. "Reggiardo". 12/11/2008.

¹⁹ CNCP. "Da Costas Dias". 2/5/2008.

²⁰ CNACCF, Sala 1. "Izaguirre Romero". 26/11/2009.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

principio de excepcionalidad—. Sin embargo, por constituir una medida cautelar, para su aplicación también debe verificarse el peligro procesal, pues es su presupuesto. Si se comprueba que no existe peligro procesal, no es posible aplicar ni el encarcelamiento preventivo, ni ninguna de las medidas menos gravosas, entre ellas, la caución. De tal manera, que esta postura tradicional no distingue entre la verificación del peligro procesal y el respeto del principio de excepcionalidad en la elección de la medida cautelar menos gravosa posible —caución— para eliminar el riesgo.

c) Postura sobre sistema de medidas cautelares

En la misma línea establecida por la juez Ledesma en su voto del plenario, esta postura resulta más respetuosa del sistema de medidas de coerción compatible con el programa constitucional.

Esta postura parte su examen de la libertad del imputado, respetando adecuadamente el carácter excepcional de la privación de la libertad durante el proceso. En virtud de ello se preocupa de no violentar el *onus probandi*, de modo tal que verifica y fundamenta el peligro procesal en cada caso concreto²¹ y de conformidad con causas objetivas²², distinguiendo entre ambos riesgos procesales²³.

Así la pena resulta sólo uno de los parámetros del examen. De hecho, incluso en casos de la escala penal no muy elevada igual puede implicar privar de la libertad si otros parámetros o circunstancias indican el riesgo²⁴. En este sentido, intenta no realizar exámenes sustantivistas²⁵ con relación al hecho o el imputado (CPPN, 319). De conformidad con ello, sólo analiza las otras causas posibles contra el imputado en tanto se verifique que en ellas quedó rebelde, de hecho las condenas anteriores no implican riesgo procesal *per se*²⁶.

Esta postura distingue con claridad las categorías de análisis de la corroboración del riesgo procesal, y el principio de excepcionalidad, de modo tal que en los casos en donde no se verifica el peligro tampoco corresponde aplicar una caución²⁷.

Por otra parte, reformula la aplicación del principio de proporcionalidad del CPPN, 317, del modo en que lo he propuesto a través del principio de inequivalencia (Sergi 2001, 2005) que ha sido recogido por la CIDH, [Informe 35/07](#), que ha establecido que debe tomarse como parámetro para

²¹ CNACCF, Sala 1. “Rey”. 13/5/2010.

²² CNACCF, Sala 1. “Rey”. 13/5/2010; CNACCF, Sala 1. “Izaguire Romero”. 26/11/2009.

²³ CNACC, Sala 1. “SV”. 19/10/2010.

²⁴ CNACC, Sala 1. “HAD”. 16/11/2010.

²⁵ CNACCF, Sala 1. “Rivero”. 17/3/2010. Se desechó el argumento de la “peligrosidad” para fundamentar la privación de la libertad durante el proceso.

²⁶ CNACC, Sala 1. “HAD”. 16/11/2010; CNACC, Sala 1. “Almada”. 29/6/2010; CNACC, Sala 1. “Armoa”. 13/7/2009; CNACC, Sala 4. “Castro”. 18/2/2009.

²⁷ CNACC, Sala 5. “Salica”. 13/8/2009; CNACC, Sala 6. “Ramírez Tapia”. 13/2/2009. Analiza la caución como una medida cautelar menos gravosa que la prisión preventiva. CNACC, Sala 1. “García”. 28/9/2010; CNACC, Sala 7. “Bernasco”. 12/6/2008; “Álvarez Aguirre”. 22/4/2009.

el CPPN, 317, ya no la pena máxima amenazada para el delito, sino el mínimo de la pena en expectativa²⁸:

[s]iendo así y teniendo en cuenta que se encuentra detenido desde el [...], fecha de inicio de las actuaciones [...], ya ha superado holgadamente en detención preventiva el mínimo de la pena prevista para el ilícito que se le atribuye... (CNACC, Sala 1°, “GMM”, del 18/10/2010)

Esta postura analiza de oficio en todos los casos en que ya ha transcurrido privación de la libertad durante el proceso, el plazo razonable de su duración e incluso utilizando para su análisis del artículo 207 CPPN²⁹.

Puesto que las medidas de coerción son medidas cautelares del proceso, no admite que pueda privarse de la libertad por vía incidental —recurso del Ministerio Público Fiscal—, pues se pierde su sentido³⁰. Por último, de conformidad con el artículo 120 CN y el principio acusatorio le da mucha prevalencia a la posición que el Ministerio Público Fiscal adopte en la toma de la decisión³¹. De este modo se respeta el principio de imparcialidad al permitir que el juez tome una decisión neutral en el caso y el *onus probandi* al poner en cabeza del Estado —en este caso, el acusador público— acreditar que el proceso se encuentra en peligro y los motivos por los cuales corresponde una medida cautelar. A modo de ejemplo:

III. Así las cosas, siendo la excarcelación un instituto de naturaleza contracautelar, el rechazo de la solicitud de su concesión sólo resulta viable si existe en autos una medida cautelar que le otorgue debido sustento. Dicha decisión jurisdiccional no se ha dictado en la especie, siendo que el Sr. magistrado resolvió en forma consecuente con el criterio liberatorio plasmado en esta incidencia a fs. [...]. Frente a esta clara postura del tribunal de grado, la intervención del Ministerio Público fiscal ha sido contradictoria. Se agravio por la excarcelación concedida, postulando su revocatoria, no obstante lo cual, tres semanas después, consintió la no imposición de la prisión preventiva, cautela personal indispensable para sustentar la pretensión en el incidente. [...] IV. La postura contradictoria señalada le impide a esta Sala contar con el impulso de parte necesario a efectos de tratar debidamente el agravio planteado, dado que por la sucesión de actos reseñados estos devienen abstractos (CNACC, Sala 1°, “DSRE”, del 29/6/2010)

La acreditación de los factores vinculados con la posible existencia de los riesgos procesales de elusión del proceso, se encuentra también en cabeza del ministerio público fiscal (CNCP, Sala 3°, “LQIJ”, del 26/3/2010, voto de la juez Ledesma).

²⁸ CNACC, Sala 1. “González”. 18/10/2010; CNACC, Sala 1. “Sagales Nieva”. 26/5/2010; CNACC, Sala 7. “Aguirre”. 23/2/2009.

²⁹ CNACC, Sala 1. “Salazar”. 7/12/2010; CNACC, Sala 1. “HAD”. 16/11/2010; CNACC, Sala 1. “MJGO”. 7/12/2010; CNACC, Sala 1. “Riveros”. 28/9/2010; CNACC, Sala 1. “Armoa”. 13/7/2009; CNACC, Sala 4. “Samudio”. 6/10/2009.

³⁰ CNACC, Sala 5. “Salica”. 13/8/2009. Voto de la juez López González: CNACC, Sala 6. “García”. 17/2/2009; CNACC, Sala 1. “Calla González”. 6/3/2009.

³¹ CNCP, Sala 3. “Loarte Quijano”. 26/3/2010, voto de la juez Ledesma. CNCP Sala 2. “Villaruel”. 18/3/2010, voto del juez García. CNACCF, Sala 1. “Rey”. 13/5/2010; CNACC, Sala 1. “De Sosa”. 29/6/2010; CNACC, Sala 1. “Calla González”. 6/3/2009.

La evolución de estas posturas jurisprudenciales post [Diaz Bessone](#) ha tenido avances y también retrocesos, por ejemplo, en causas complejas vinculadas de casos de corrupción de funcionarios públicos. Sin embargo, las posturas tradicionales siempre han triunfado en impedir el quiebre de paradigma en materia de medidas de coerción, permitiendo el *sistema binario* de medidas de coerción.

2. LAS NUEVAS NORMAS IMPLEMENTADAS Y SUS CONSECUENCIAS

Las normas implementadas se enmarcan en el estado de situación descrito con anterioridad y reflejan las normas de estados provinciales con características acusatorias (cfr. por ejemplo, el CPP chubutense que contiene normas idénticas).

El artículo 210 prevé un catálogo de medidas de coerción en donde la privación de la libertad carcelaria (inc. k) es sólo la más gravosa, en resguardo del principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo y de todas las medidas cautelares. El artículo 221 establece las pautas que pueden considerarse a la hora de evaluar la existencia de peligro de fuga. El artículo 222 hace lo propio con relación al entorpecimiento de la investigación.

No resulta difícil de colegir de la mera lectura de estas normas, que jurídicamente —en términos genéricos— no existe un cambio sustancial en el sistema de medidas de coerción. De conformidad con el programa constitucional de medidas de coerción y, en especial, post [Diaz Bessone](#), de una u otra manera, estas normas ya se aplican (o debieran aplicarse). Ya se aplican porque se encuentran contenidas en otras normas del CPPN o del sistema jurídico en general, o bien porque resultan criterios que se han ido construyendo dentro del sistema de forma jurisprudencial.

Basta con repasar el catálogo de medidas de coerción del artículo 210 para advertir que ya se encontraban dispuestas en nuestro sistema jurídico, y que la jurisprudencia (de manera absolutamente correcta) las aplicaba por analogía. Por supuesto que esta analogía, por resultar en favor del imputado para evitar la privación de la libertad carcelaria, resultaba admitida y procedente.

Así, el Código Penal en sus artículos 27 y 10 prevé la prohibición de concurrir a determinados lugares, o de no ausentarse de determinado ámbito territorial, o evitar contactar determinadas personas y el arresto domiciliario. El CPPN, artículos 320 y ss. prevé diferentes tipos de cauciones: juratoria, personal y real. La [ley 24.417](#), en su artículo 4º, prevé la exclusión del hogar en casos de violencia familiar.

De esta manera, cualquier examen adecuado de esta norma, no puede resultar novedad y no debería haber sido necesaria si los operadores del sistema jurídico hubieran realizado una aplicación correcta de estas normas dispersas en la normativa y el programa constitucional de medidas de coerción. Lamentablemente, no siempre es el caso, de manera tal que esta norma recuerda al operador la forma en que debe ser aplicada para resulta respetuosa del principio de inocencia y el programa constitucional (Sergi 2006).

Esta norma entonces elimina cualquier tipo de duda sobre los siguientes aspectos:

- ✓ El principio de excepcionalidad de las medidas de coerción implica que sólo es posible aplicar privación de la libertad carcelaria como excepción y sólo, y sólo si, el resto de medidas de coerción del catálogo no resulta eficaz para neutralizar el peligro procesal que tiene que ser acreditado en el caso concreto a través de circunstancias objetivas. De esta manera, también, obliga a seleccionar siempre la medida de coerción menos gravosa posible de este catálogo.
- ✓ Las medidas de coerción (cualquiera, *incluso las que no son privativas de la libertad*) sólo pueden ser dictadas si existe peligro procesal. Esto implica que ya no pueden resultar aplicable una medida de coerción ante la ausencia de peligro procesal, por ejemplo, para transformar una prisión preventiva en una caución “por no existir peligro procesal”. Si no existe peligro procesal, no puede existir ninguna medida cautelar.
- ✓ En virtud de que rige el principio de legalidad (CN 18) en materia de medidas de coerción (Bruzzone 2005), y el legislador ya ha tomado la decisión de concretar este catálogo de medidas entonces, no es posible imponer otra medida no identificada en los incisos *a*) a *k*) de esta norma, ni fuera de los requisitos expresamente previstos en la norma, y por supuesto, ello no puede ser utilizado como excusa para privar de la libertad.
- ✓ Las medidas no pueden ser impuestas de oficio por el juez, por la vigencia del principio acusatorio (CN, 120, CPPN, 5). Así lo establece con claridad la norma que comentamos al despejar toda duda en que deben ser los acusadores quienes requieran la imposición de una medida por la existencia del riesgo procesal.

Menos novedades traen los artículos 221 y 222 implementados. Es que estas normas no hacen más que describir los criterios que el operador debe tener en cuenta a la hora de evaluar peligro de fuga, por un lado, y peligro de entorpecimiento, por el otro.

Los indicios sobre peligro fuga carecen de cualquier originalidad en el sistema federal. Es que tanto el CPPN, 312 como el 316 prevén la pena en expectativa elevada como indicio de peligro procesal y la posibilidad de condena de ejecución condicional. El artículo 319 CPPN refiere al hecho y sus características, la posibilidad de reincidencia, excarcelaciones anteriores. En definitiva, el modo en que se comportó el imputado luego de liberaciones anteriores. El arraigo, luego de [Diaz Bessone](#) en el sistema federal ya fue recogido como criterio para evaluar el peligro de fuga, lo mismo que brindar datos verídicos sobre identidad y domicilio.

Sí debe notarse que el estándar para el riesgo entorpecimiento resulta más elevado que para el peligro de fuga. Así establece el artículo 222: “... se deberá tener cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado...”; a diferencia del artículo, 221 que sólo establece: “... se deberán tener cuenta, entre otras, las siguientes pautas...”. Además, debe notarse como novedad que entre los indicios de entorpecimiento no es encuentra previsto el monto de la pena en expectativa, como sí se establece como indicio para la evaluar la posibilidad de fuga.

Por supuesto que verificar la existencia de riesgo procesal en un caso concreto, siempre presenta enormes dificultades y por ello resulta un juicio sucio. Es que en definitiva significa un juicio de

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

prognosis. No debe acreditarse —como sucede en el proceso penal— un hecho acontecido, sino la existencia de un peligro, lo que implica siempre una complicación y resulta una decisión extremadamente compleja de tomar, más aún cuando en estadios iniciales del proceso no siempre resulta sencillo recabar la información para llevar adelante esta evaluación.

Más allá de eso y de las distinciones entre peligros procesales, lo cierto es que la única interpretación constitucionalmente admisible para realizar este examen, es que se acredite el peligro en el caso concreto a través de circunstancias objetivas. Esto significa que no pueden existir presunciones del legislador respecto de la existencia de este riesgo. Presunción que tampoco puede ser *ius tantum*, pues de ese modo se violenta el *onus probando* (Maier 1996) (derivación del principio de inocencia). Es que es el Estado es quien debe acreditar el peligro y no el imputado quien debe probar su ausencia.

Ello implica sin más que estas normas implementadas, posteriores, han derogado de manera tácita el artículo 316, segundo párrafo, CPPN (la última excepción que contiene ese párrafo ya había sido declarado inconstitucional por el fallo de la CSJN, "[Nápoli y otros](#)", 22/12/1998, Fallos, 321: 3630), en tanto ya no será posible presumir el peligro procesal y tampoco para hacerlo de manera genérica pues las normas implementadas distinguen entre los indicios para los diferentes riesgos procesales. Y se ha derogado tácitamente el artículo 319 CPPN³² pues se han implementado normas que regulan el peligro procesal de manera posterior y especial.

Conforme ha comenzado este trabajo, la transformación del sistema binario de encarcelamiento preventivo en uno de medidas de coerción que respete el programa constitucional se encuentra aún pendiente. Estas normas implementadas pueden resultar un paso adelante. Sin embargo, el éxito de ello depende de la manera en que estas normas son interpretadas y aplicadas en los casos concretos, del modo en que se sistematicen con el programa constitucional y el resto de las normas del sistema, y no por su mera implementación. Esta tarea aún se encuentra incompleta y se encuentra en manos de los operadores del sistema, quienes no sólo deben brindar la aplicación correcta desde el punto de vista constitucional de estas normas —que aquí se propone—, sino que también deben provocar la revisión de decisiones ya tomadas previo a la implementación de estas normas.

BIBLIOGRAFÍA

Bruzzone, G. 2005. *La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, AA.VV. *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

³² Recuérdese que dicho artículo ya no era posible utilizarlo como cláusula de cierre para impedir la libertad si se pasaba por el filtro de CPPN, 316; sino que después de Diaz Bessone se aplicaba para contrarrestar el presunción del CPPN, 316, 2º párrafo.

Estudios sobre Jurisprudencia
2020

Maier JBJ. 1996. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sergi, N. 2001. *Límites temporales de la prisión preventiva*, en revista "Nueva Doctrina Penal". Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Sergi, N. 2005. *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, en *Estudios sobre Justicia Penal, libro homenaje al Prof. Dr. Julio B. J. Maier*, AAVV. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sergi, N. 2006. *Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia*, en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, AAVV, Florencia G. Plazas y Luciano Hazan (comps). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sergi, N. 2006. *Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia*. En: *Garantías constitucionales en la investigación penal: Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Plazas, Florencia (comp.). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sergi, N. 2016. *La pena en expectativa y el riesgo procesal*, en *Jurisprudencia penal de la provincia de Buenos Aires*, director Mariano Bertelotti, Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.