

EL ENTORPECIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA¹

Gonzalo Miranda ²

“Es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión provisional no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente” (Hassemer, W., 1998, p. 105).

1. INTRODUCCIÓN

La decisión acerca de las medidas de coerción personales durante el proceso penal continúa constituyendo un desafío para la actividad de la defensa que debe atender a los distintos elementos que componen la utilización del instituto bajo los estrictos parámetros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Constitución Nacional Argentina.

El objetivo de este trabajo es profundizar el análisis teórico de uno de los grupos de riesgos procesales que permiten justificar la medida en su elemento procesal y que suele ser identificado como “posibilidad de entorpecimiento de la investigación” u “obstrucción de la realización del juicio”.

Para ello se tomará en consideración la justificación expresada en siete pronunciamientos jurisprudenciales relevados en el Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa denominado “Medidas alternativas a la prisión preventiva. La interpretación del artículo 210 del Código Procesal Penal Federal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional”³.

Obviaremos en esta ocasión el análisis del elemento material que también debe estar presente en la decisión “*fumus commissi delicti*”. Tampoco analizaremos el test de proporcionalidad ni el otro grupo de razones adjetivas señaladas como legítimas: la fuga o peligro de fuga.

¹ Cítese como Miranda, G. 2023. El entorpecimiento de la investigación como justificación de la decisión sobre la prisión preventiva, *Estudios sobre jurisprudencia*, 299-314.

² Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Docente de grado y posgrado (UBA). Fiscal General ante Tribunales Orales Federales, Argentina. Autor de *“La presunción de inocencia. El rol de los medios de comunicación en la construcción de la cultura jurídica”* (2023) Editores del Sur, Buenos Aires.

³ Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del MPD (julio de 2023) <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4388>

Sí analizaremos profundamente, luego de observar las razones dadas en los casos jurisprudenciales escogidos, aquel requisito puntual bajo los estándares constitucionales con el fin de contrastar los casos prácticos con los presupuestos legítimos.

2. RELEVAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

De la exhaustiva recopilación y sistematización realizada por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa identificamos siete casos -de entre decenas- que consideraron el peligro de entorpecimiento de la investigación como una de las justificaciones de la prisión preventiva en un proceso en trámite.

Las referencias a ellos y la breve transcripción de las partes pertinentes para este estudio son las siguientes:

2. 1. “Britez” (causa N° 52098) del 9 de febrero de 2022

La Sala de FERIA B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión. [E]stimó que había riesgo de entorpecimiento de la investigación porque uno de los participantes del hecho no había sido individualizado y aún se aguardaban los resultados de medidas pendientes.

2. 2. “Qing” (causa N° 547) del 23 de febrero de 2022

La Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó el rechazo. Para decidir de esa manera, [...] consideró que existía peligro de entorpecimiento de la investigación porque la denunciante manifestó que un primo del imputado le había ofrecido dinero a ella y a la madre de una de las víctimas y que el tiempo de detención no resultaba desproporcionado.

2.3. “Rivarola” (causa N° 41968) de 23 de marzo de 2022

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la denegatoria de la excarcelación. Para decidir de esa manera consideró, entre otras cuestiones, que existía peligro de entorpecimiento porque los damnificados manifestaron su temor a posibles represalias ya que el imputado los conocía y sabía dónde vivían. Además, entendió que no correspondía hacer lugar al pedido porque la fecha de juicio oral se encontraba próxima en el tiempo.

2.4. “Cepeda” (causa N° 35894) de 30 de marzo de 2022

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 11 rechazó los pedidos. Para decidir de esa manera, consideró que aunque la escala penal del concurso de delitos imputados permitía la imposición de una pena en suspenso, el representante del Ministerio Público Fiscal había manifestado previamente que dicha modalidad de ejecución sería inviable por las características de los hechos atribuidos. Además, concluyó que en caso de recuperar su libertad, debido a las características del hecho (integrar una organización conformada por personal de una fuerza de seguridad, dedicada a la comisión de numerosos delitos en perjuicio de personas de edad avanzada, y en ocasiones mediante un alto grado de violencia), el imputado podría intentar fugarse o entorpecer la investigación. También estimó que el tiempo de detención no era desproporcionado y que la morigeración de la prisión preventiva era insuficiente para asegurar la continuación del proceso.

2.5. “Russo” (causa N° 21128) de 30 de marzo de 2022

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó el rechazo a la solicitud. Para decidir de esa manera, entendió que aunque el caso encuadraba en la segunda hipótesis del art. 316 –por remisión del art. 317, inc. 1°– del Código Procesal Penal, se verificaban riesgos procesales, [...] ponderó la posibilidad de amedrentar a las víctimas porque conocía el domicilio y los movimientos.

2.6. “Quiroga” (causa N° 1765) de 31 de marzo de 2022

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión. Para decidir de esa manera, [...] ponderó que el imputado había intentado quitarle su arma reglamentaria a uno de los efectivos policiales que procuró detenerlo. También consideró que en caso de recuperar su libertad, el imputado podría intimidar a las víctimas del hecho, pues tenía las llaves del edificio donde se desempeñaban laboralmente.

2.7. “Ballatore” (causa N° 32333) 20 de abril de 2022

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó el rechazo de la excarcelación porque entendió que aunque el caso encuadraba solamente en la segunda hipótesis del art. 316 –por remisión del art. 317, inc. 1°– del Código Procesal Penal de la Nación, la existencia de riesgos procesales impedían otorgar su libertad durante el proceso. En esa línea, [...] destacó que existía un peligro de entorpecimiento de la investigación pues se continuaban presentando nuevos presuntos damnificados, y existía la posibilidad de que la asociación permaneciera en actividad,

escondiera documentos relevantes para la investigación y se asegurara el provecho de las defraudaciones. También destacó que restaba la producción de prueba y que estaba pendiente la detención de otros dos imputados. Por ello, entendió que ninguna de las medidas alternativas a la detención cautelar de la imputada eran suficientes para neutralizar los peligros procesales advertidos.

La decisión completa en cada caso se encuentra en el boletín citado junto con un resumen, además de haber sido incluidos en el cuadro realizado en el trabajo compilatorio.

De los fallos seleccionados se desprende que los argumentos citados aquí se complementaron con otras razones vinculadas, en la mayoría de los casos, con la gravedad del delito (elemento material de la decisión) y fundiéndose con otros peligros procesales como el riesgo de fuga.

Pero “dos medias verdades no hacen una verdad⁴”. Me concentraré en el alegado peligro procesal de entorpecimiento que intenta justificar la medida con la protección de la prueba.

3. EL ENTORPECIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

En el análisis teórico existen distintas acciones que se encuadran dentro del supuesto de entorpecimiento de la investigación y se vinculan, fundamentalmente, con la destrucción, ocultamiento o alteración de pruebas. Por este motivo, este peligro procesal es aludido genéricamente como riesgo de destrucción probatoria (Gutiérrez de Cabiedes, 2004, p. 162). Tiene como finalidad asegurar la obtención y práctica de los diversos medios de prueba (Málaga Diéguez, 2002, p. 219), protegiendo las fuentes de evidencia relevantes para el enjuiciamiento, cuando exista un peligro fundado y concreto de ello. Así lo consigna la actual redacción del nuevo Código Procesal Penal Federal para evitar que pueda adoptarse la prisión preventiva con una mera invocación de este motivo sin mayores fundamentos fácticos (art. 221 CPPF).

Dei Vecchi (2015) lo define como el peligro “probable [de] que el imputado ejecutará una acción cuyo resultado (también probable) es la alteración, eliminación, supresión, etc., de alguna prueba” (p. 89) más allá de la concreta elaboración legislativa.

También ha sido denominado como “riesgo de oscurecimiento de la prueba” (Gimeno Sendra, 2011, p. 1325). En cualquier caso, el auto que decida la prisión preventiva deberá fundamentarse en la existencia de indicios claros de un peligro actual y elevado de obstrucción a la investigación o de confabulación, indicios a los que deberá hacerse

⁴ Expresión utilizada en múltiples citas filosóficas parafraseando a Eduard Douwes Dekker (Multatuli).

cumplida alusión en la motivación de la resolución judicial (Málaga Diéguez, 2002, p. 221).

Este supuesto era reconocido por la doctrina y jurisprudencia como justificación a la prisión durante el proceso penal, incluso antes de ser contemplado en la legislación (Barona Vilar, 1988, p. 63).

En sistemas similares también se encuentra legislado. Por ejemplo, el texto legal italiano contiene hoy una delimitación más precisa que otros códigos de nuestro sistema, y regula esta causal entre las justificaciones legales de la medida, consignándola sistemáticamente incluso en una redacción previa al riesgo de fuga.

Al otorgarle a este supuesto el valor de un fin autónomo, el legislador está reconociendo que la prisión preventiva, como medida cautelar, se concibe como un instrumento amplio al servicio del normal desarrollo del proceso penal. Es decir, al servicio del interés público en la persecución penal.

La privación de libertad puede así estar justificada, si la libertad del imputado compromete el éxito del proceso penal contra él aunque el riesgo no derive de su sustracción física a la acción de la justicia, sino de una evasión más “sutil”, que pasa por la ocultación, la destrucción o la alteración de las fuentes de prueba, que puede conducir a un sobreseimiento por insuficiencia de elementos con los que sostener una acusación en juicio o a una sentencia absolutoria por falta de evidencia.

En lo relativo a “entorpecer el proceso”, los problemas de calificación se multiplican. Las clases de conductas y las acciones concretas subsumibles en esta categoría parecen sumamente variadas y, por ello en los códigos más modernos, suelen ser descriptas de modo específico. A su vez, en la decisión jurisdiccional debiera consignarse y ponderarse específicamente cuál es la prueba que se busca proteger y si ello es proporcional con los derechos fundamentales afectados.

Por supuesto que sólo existe esta posibilidad cuando una o varias medidas de prueba, en concreto, se encuentran pendientes de producción. Además deben existir razones para afirmar que ellas serán vulneradas, alteradas, frustradas, etc., por el comportamiento del imputado (Dei Vecchi, 2015, pp 90-91). La acreditación de las circunstancias probatorias de este riesgo debe ser también explícita y motivada sobre elementos indicativos

concretos⁵ del peligro cierto, actual y relevante de destrucción probatoria (Gutiérrez de Cabiedes, 2004, p. 162).

Lo que en general se pretende es impedir que el imputado obstaculice o dificulte la investigación judicial, mediante prácticas que excedan las posibilidades que le brinda el derecho de defensa, el cual debe respetarse en todos los casos, aun cuando conspire contra el éxito de la investigación.

Es habitual para la doctrina considerar esta justificación de la prisión preventiva entre las legítimas causales, e incluir este aspecto dentro de la función cautelar de la detención cuando tiene como finalidad evitar que el imputado destruya pruebas o pueda ser un obstáculo para completar el descubrimiento y detención de los restantes implicados⁶.

Dentro de la concepción histórica de la prisión preventiva este supuesto ha sido pacíficamente aceptado por la mayoría de las legislaciones que específicamente lo consignan hoy como fundamento de la detención, aunque, si se analiza debidamente la idea, puede incluso discutirse si es propiamente cautelar.

4. CRÍTICAS A LA LEGITIMIDAD DEL FUNDAMENTO

Una parte de la doctrina procesal realiza buenas críticas al supuesto⁷. Así, para Ferrajoli (2001, p. 558) solo podría ser asumida esta finalidad como legítima, si se parte de una concepción inquisitiva en la que el cognoscitivismo deja paso al decisionismo y en la que el principio de contradicción no juega papel alguno. Considera que es ilegítima en la medida en que, desde una concepción acusatoria del proceso, se perjudica la obtención de la verdad a través del contradictorio, ya que, además, si el acusado se encuentra detenido, se dificulta la preparación de las pruebas por parte de la defensa.

⁵ La CIDH ha señalado, respecto del peligro de entorpecimiento, que se requiere que tal peligro sea concreto y no abstracto (Informe 2/91 párr. 33). El TEDH es más específico, pues señala que el contenido del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que develen su intención de suprimir la prueba (TEDH, caso “Wenhoff”, del 27 de junio de 1968, párr. 14). Este mismo Tribunal ha indicado que si se trata de pruebas materiales, el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o imputados (TEDH, caso “Tomasi”, del 27 de agosto de 1992, párr. 92-95; caso “Kemmache”, del 12 de diciembre de 1991, párrs. 46-47; caso “Letellier”, del 27 de noviembre de 1991, párrs. 37-38).

⁶ Ver, entre otros: Cuenca Miranda (2004), Dorrego de Carlos (2004, p. 34).

⁷ Gimeno Sendra (2011, p. 1325) incluye esta justificación dentro de los presupuestos extravagantes por considerar que sin fundamento cautelar alguno, es decir, sin responder a garantizar la comparecencia del procesado en el juicio oral, permite al juez adoptar la prisión preventiva.

También Ragués Vallès (2020) advierte que el derecho de defensa puede verse afectado ante aquella mayor dificultad para el encarcelado junto con la vulneración del principio de igualdad ante la ley y, claramente, el “derecho a la libertad ambulatoria” y la “presunción de inocencia” (en cuanto regla de tratamiento del imputado).

En ningún caso debe confundirse este peligro con la negativa del imputado a colaborar en la instrucción, ya que ello forma parte de su derecho de defensa, y su resistencia no puede vencerse por medio de la coerción o amenaza de ver restringida su libertad ambulatoria⁸. Además, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de prueba, asigna la carga probatoria al acusador lo cual también rige para esta decisión intermedia del proceso (Miranda, 2023).

Sólo pretende combatirse por esta vía el peligro de una obstrucción a la investigación que sea maliciosa. Y, por supuesto, que intentar de este modo vencer la resistencia del imputado a colaborar con las autoridades de persecución penal no puede constituir en ningún caso un fin constitucionalmente legítimo para la prisión preventiva.

Para Gimeno Sendra, Conde-Pumpido y Garberí Llobregat (2000, p. 142)⁹, no debiera incluirse como motivo de la prisión preventiva este peligro de ocultamiento u oscurecimiento de la prueba ya que, por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo (v.gr., la lucha contra la delincuencia económica, la corrupción política o el terrorismo), en el proceso penal moderno “no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio”¹⁰.

El Estado debería asegurarse por otros medios la realización de las pruebas¹¹. Sólo en casos excepcionales y debidamente constatados, podría utilizar este motivo y, una vez asegurada la prueba concreta de que se trate, disponer la libertad del sospechoso.

Pese a tales críticas, esta finalidad ha sido mayoritariamente considerada como justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de inocencia

⁸ Por ello, el art. 503.1.3º LECrim en España específicamente aclara que “No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación” y también el art. 274 a) en Italia contiene una cláusula similar.

⁹ Véase también, la obra de Gimeno Sendra (1996, p. 154).

¹⁰ Prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojada contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado. Esta práctica inquisitiva, debiera ser considerada, cuando menos, un “trato inhumano o degradante” a los efectos de la aplicación del art. 1.1 de la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” de la ONU de 10 de diciembre de 1984.

¹¹ Al respecto expresa Binder (1993, p. 199) que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado” daño a la investigación que puede ser evitado por el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia.

sobre la base de que, si se acepta que uno de los fines del procedimiento es el correcto establecimiento de la verdad, una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la medida (Pérez López, 2014).

La duda conceptual permanecería en un razonamiento anterior, dentro de las críticas que persisten frente al encarcelamiento cautelar propiamente dicho, que se sitúa en la consideración acerca de si esta finalidad del proceso tiene mayor valor en nuestro sistema que el derecho a la libertad de los individuos considerados inocentes.

Por ello se ha verificado también una tendencia más reciente que ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que el art. 7.5 CADH solo refiere a la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”, y el art. 9.3 PIDCP autoriza las medidas cautelares para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales”. Nada dicen tales normas sobre esta diferente causal.

Por otra parte, respecto de la verificación de esta clase de peligros procesales, Kees (2007, pp. 23-24) observó que la mayoría de los modos de entorpecer la investigación penal constituyen a su vez -de forma autónoma- delitos ya tipificados en la ley penal sustantiva¹² y toda vez que el encarcelamiento preventivo intenta prevenir la comisión

¹² Kees,, v.gr., teniendo en consideración conductas reprimidas en el Código Penal argentino ejemplifica entre otras las de: a) matar al potencial denunciante, testigos, peritos, agentes policiales, funcionarios, magistrados, etc., para ocultar un delito o evitar la producción de la prueba, lo que constituiría un homicidio criminis causa, previsto en el art. 80 inc. 7° CP; b) lesionar leve, grave o gravísimamente a cualquier persona que deba participar en el proceso: lesiones criminis causa (art. 92 CP); c) efectuar disparos contra una persona sin hierirla con el fin de procurar su impunidad: abuso de armas criminis causa (arts. 104 y 105 CP); d) privar ilegítimamente de libertad a una persona para obligar a un testigo a no declarar: secuestro coactivo (art. 142 bis del CP). e) inferir amenazas a un testigo para que no declare: coacción (art. 149 bis segundo párr. y 149 ter CP); f) intimidar a un tercero para que le entregue elementos que puedan constituir prueba de cargo: extorsión (arts. 168 y 169 CP); g) sustraer, ocultar, o mutilar las actuaciones policiales o judiciales: defraudación procesal (art. 173 inc. 8° CP); h) destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar un bien total o parcialmente ajeno que pueda servir de prueba: daño (arts. 183 y 184 inc. 3° CP); i) emplear fuerza o intimidación contra un funcionario para exigirle que no produzca prueba de cargo, utilizando o no armas, o con el concurso de tres o más personas, u otras agravantes: atentado contra la autoridad (arts. 237 y 238 CP); j) resistir o desobedecer a un funcionario público: resistencia a la autoridad (art. 239 CP).; k) estorbar a un funcionario público para impedir que cumpla un acto propio de sus funciones: turbación funcional (art. 241 inc. 2° CP); l) violar los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o identidad de una cosa: violación de sello (art. 254 del CP); m) sustraer, ocultar, destruir o inutilizar dolosamente objetos destinados a servir de prueba, la conducta es penada también si el tipo objetivo se realiza negligentemente: destrucción de prueba (art. 255 del CP); n) dar u ofrecer dádivas a un funcionario público para que haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o para que haga valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, para que este haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o para que emita, dicte, retarde u omita dictar una resolución, fallo, o dictamen

de tales delitos, antes de configurar una medida cautelar, la prisión preventiva dictada por tales razones constituiría una verdadera medida de seguridad a fin de neutralizar la peligrosidad criminal del imputado (Polansky, 2014, p. 181; Kees, 2011, p. 90).

Dei Vecchi enumera y refuta tres posibles críticas a la posibilidad de encarcelar durante el proceso en estos casos. La primera detracción sostiene que la aserción de que el imputado probablemente alterará las pruebas (en general o en particular) supone que tiene interés en alterar el normal desenvolvimiento para mostrarse inocente lo cual implicaría, por lo tanto, presumirlo culpable.

El autor explica por qué este argumento no resulta del todo persuasivo. Y es que, si bien es cierto que de la presunción de culpabilidad parece plausible inferir el interés del imputado en obstaculizar el proceso, la inferencia inversa no funciona del mismo modo. Esto es, de la afirmación de que alguien tiene interés en obstaculizar el proceso no se sigue que se lo presuma culpable ya que no parece insensato imaginar que alguien que no tuvo participación alguna en un hecho delictivo, pueda tener interés en entorpecer un procedimiento cualquiera (Dei Vecchi, 2015, p. 92).

Una segunda objeción señala que, si este peligro justificase la prisión preventiva, también debiera admitirse el encarcelamiento de terceros de quienes pudiere predicarse la misma peligrosidad (Dei Vecchi, 2015, p. 92). Respecto a este argumento, que se centra en el hecho de que sería posible encarcelar a terceros, habría que aceptar que si de ellos pudiere predicarse una peligrosidad procesal tal que la prisión es indispensable para neutralizar el riesgo cabría ponderar la prevalencia de la necesidad de tutela de los fines del proceso por sobre el derecho individual a la libertad (en vistas al afianzamiento de la justicia), no pareciendo relevante que quien genera ese peligro sea o no un imputado.

Por último, se evalúa la crítica que sostiene que este motivo alteraría la igualdad en el proceso dada la asimetría entre los medios con que el Estado cuenta para evitar la acción del imputado. Según el propio Dei Vecchi, este es un argumento mal dirigido y no probado ya que no impugna la legitimidad de la medida frente al peligro de entorpecimiento, sino que se limita a negar a priori que haya o pueda llegar a haber algún caso en que la prisión preventiva sea o pueda llegar a ser el medio empíricamente necesario para neutralizar el riesgo, aun cuando el Estado tenga muchos otros medios para hacerlo. Pero el que esa innecesariedad sea el caso, y que lo sea en toda

en asuntos sometidos a su competencia: cohecho activo (art. 258, en función de lo previsto en los arts. 256, 256 bis y 257 del CP); o) otorgar u ofrecer dádivas a un funcionario público (art. 259 del CP); p) transgredir una inhabilitación dispuesta cautelarmente: quebrantamiento de inhabilitación (art. 281 bis del CP); q) Hacer un documento falso o adulterar uno verdadero para procurar su impunidad: falsificación de documentos (art. 292 CP); r) suprimir o destruir un documento para procurar su impunidad: destrucción de documentos (art. 294 CP). También Dei Vecchi (2015 p. 162).

circunstancia posible, es una cuestión empírica que eventualmente deberá ser probada (Dei Vecchi, 2015, p. 92).

5. PROBLEMAS PARA LA ACREDITACIÓN DEL RIESGO PROCESAL

Por su parte, respecto de la inferencia probatoria necesaria para acreditar el supuesto en cada caso, sostiene Nieva Fenoll (2017, p. 288) que es factible, aunque no sencillo, calcular la incidencia de las acciones que el inculpado realice por sí mismo y es prácticamente imposible mensurar con la concreción debida la posible influencia sobre terceras personas, siendo inaceptable suponerlas en perjuicio de la persona imputada. Para este autor, de cualquier sospechoso que no viva como un ermitaño podría presumirse ese riesgo de destrucción de pruebas ya que resultaría bastante razonable pensar que cualquiera que tiene en perspectiva inminente un juicio penal en su contra, en uso de su derecho de defensa, aunque sea ilegítimamente, tratará de ocultar todo aquello que le comprometa (Nieva Fenoll, 2017, p. 288).

Sin embargo, ello no es suficiente para justificar la concurrencia del riesgo. De ser así, cualquier persona sobre la que se tiene la certeza de comisión del delito debería ser ingresada en prisión provisionalmente mientras se recogen todos los vestigios, lo que carecería de todo sentido e imprimiría un indeseable automatismo y un retroceso en la aplicación de una medida cautelar gravísima como la prisión preventiva.

Por ello, como sostiene el propio autor citado, lo que tiene que evaluar el juez es la concreta disposición objetivable del sujeto a ocultar pruebas. Y ello es lo que hace que este riesgo implique graves problemas en su apreciación práctica (Nieva Fenoll, 2017, p. 288).

Por esa razón, para acreditar el presente presupuesto resultará útil también constatar la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado. En caso de que ello no sea posible, deberá analizarse muy cuidadosamente si por el hecho de que permanezca en libertad es más sencillo que oculte pruebas, porque lo lógico es que no sea así¹³.

Málaga Diéguez (2002) ha sostenido que algunos de los parámetros que deben valorarse para buscar esos indicios son coincidentes con los que permiten apreciar el riesgo de fuga: el tipo de delito cometido (v.gr. cuando los imputados pertenecen presuntamente

¹³ Debe por tanto tratarse de una prognosis de probable acaecimiento de la situación. El concreto peligro de entorpecimiento probatorio postula la subsistencia de inderogables exigencias atinentes a la investigación, debiendo ser demostrada la posibilidad concreta y actual de que el indagado impida la adquisición o genuinidad de la prueba todavía necesaria correspondiendo al Ministerio Público demostrar y al juez indicar las acciones investigativas pendientes de realización y ello consiste en una posibilidad concreta y actual de producción del resultado dañoso.

a una organización criminal como en el caso “Cepeda” aquí citado) o cuando el imputado cuenta con antecedentes de actitudes obstruccionistas. También la posición, cargo o puesto laboral, cuando dicha labor facilite el ocultamiento o la manipulación de documentos o testimonios. Ello siempre y cuando no sea posible la medida menos gravosa de suspensión preventiva en el ejercicio de dicho empleo o cargo.

Con el peligro de entorpecimiento de la investigación sucede lo mismo que con el riesgo de fuga en el campo probatorio. Por tratarse de hechos futuros, aún en el supuesto de que se demuestre que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco podría deducirse con alto grado de probabilidad que repetirá comportamientos similares en el futuro (Bovino, 2007, p. 32).

Gutiérrez de Cabiedes (2004, p. 163) señaló que existen situaciones que pueden determinar la real capacidad de materializar la actuación ilegítima que pretende conjurarse. Ellas serían: las características del imputado en el sentido de posición, disponibilidad, facultades, etc. que éste tenga en relación con este riesgo (v.gr. por la función o responsabilidad que ostente en una organización, empresa o institución en cuanto a la posible destrucción de documentos, a la dación de órdenes para ello, a la influencia o presión sobre subordinados o personas de él dependientes, etc.).

También se ha tenido en cuenta la conducta obstruccionista en relación con la obtención o práctica de las pruebas (pero siempre sin perder de vista el ámbito y el ejercicio del derecho de defensa) (Gutiérrez de Cabiedes, 2004, p. 164) como así, la propia destrucción o impedimento ilícito intentada o consumada en el seno del mismo proceso de que se trate, tal como los antecedentes del inculpado, es decir, la conducta anterior del sujeto respecto de los hechos constitutivos de este riesgo¹⁴.

Siendo así las cosas, puede dudarse de la eficacia de la prisión preventiva para alcanzar esta meta. En efecto, cuando el imputado sea acusado de un hecho delictivo en el que habría actuado “a título individual”, las fuentes de prueba se pueden obtener sin necesidad de decretar su prisión preventiva, y no será fácilmente demostrable considerarlo en condiciones de manipularlas, ocultarlas o destruirlas por sí o a través de tercero.

Y si el imputado es miembro de una organización delictiva, entonces la existencia de personas interpuestas hará inevitable que, a pesar de su prisión preventiva, subsista el

¹⁴ V.gr. en el Art. 503, 3° b) de la LECrim. española como parámetros legales para determinar en qué casos existe un peligro concreto y fundado de obstrucción a la investigación, el propio precepto legal establece que “se atenderá a la capacidad del investigado o acusado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”. Cfr., también, Martín Ríos (2016 p. 145).

peligro de destrucción de las pruebas o de coacciones sobre testigos o peritos, que pueden producirse aún a pesar del ingreso en prisión de alguno de los imputados (Gascon Inchausti, 2005, p. 18). Como en el caso “Qing” citado al inicio.

En tal caso, si la prisión preventiva no siempre será un medio eficaz para alcanzar esta meta, no podrá considerarse que supere el juicio de adecuación o idoneidad, que forma parte de las exigencias de proporcionalidad que precisa toda restricción de un derecho fundamental. Por esa razón, el empleo de este fin de la prisión preventiva debe ser siempre excepcional.

Tampoco alcanza que la legislación enumere datos o posibles conductas que configuren el riesgo. Resulta importante incorporar la obligación del acusador de realizar esa fundamentación en cada caso. Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de medidas diferentes y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio, pues un análisis escalonado y gradual de las medidas cautelares existentes (de la menos lesiva a la más gravosa) permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto (Inecip, 2012).

No podrían, por otra parte, reputarse parámetros válidos para justificar la necesidad de asegurar la prueba la complejidad de la instrucción, ni el hecho de haberse decretado secreto de sumario ya que ambas cuestiones son ajenas al investigado. Tampoco la duración del proceso o su cercanía con el juicio oral como ocurrió en varios de los casos señalados.

Además, la decisión de privación de libertad recaída bajo esta finalidad deberá alzarse tan pronto como desaparezca el peligro de obstrucción de la investigación o de la práctica de los medios probatorios, por lo que en ningún caso podrá prolongarse más allá del acto del juicio oral cuando ya no resta actividad probatoria¹⁵.

En cualquier caso, la ocultación de pruebas puede acontecer solamente en un primer momento, en cuanto se descubre la existencia del delito o la persona sospecha que es inminente ese descubrimiento. Pasados algunos días del inicio de la investigación, pensar seriamente en la obstrucción probatoria es prácticamente una quimera, salvo que surjan circunstancias excepcionales que lleven a establecer lo contrario (Nieva Fenoll, 2017, pp. 288-289).

¹⁵ En igual sentido, Málaga Diéguez (2002) p. 222.

De esta manera, la prisión preventiva basada en este presupuesto deberá ser necesariamente breve. En conclusión, aun cuando existan conductas previas de ocultación, la motivación de la resolución debe justificar la inminente localización de las fuentes que peligran, la conveniencia de impedir que la persona imputada pueda acercarse a ellas y la imposibilidad de asegurarlas de otro modo.

6. ANÁLISIS DE LOS CASOS SELECCIONADOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA DESARROLLADA

A la luz del trabajo teórico desplegado pueden advertirse falencias en la motivación de la decisión privativa de la libertad en los distintos casos sintetizados al inicio.

Así, en el caso “Brítez” la circunstancia de que uno de los participantes del hecho no había sido individualizado y aún se aguardaban los resultados de medidas pendientes no puede adjudicarse a la persona imputada sin invertirse la carga de la prueba y, además, no se especifica de qué modo se estaría obstaculizando la investigación respecto del co-imputado que no ha sido hallado o respecto de las medidas pendientes.

En “Qing” la referencia de la denunciante respecto a que un primo del imputado le había ofrecido dinero a ella y a la madre de una de las víctimas, amén de no estar verificada y subsistir a su respecto la presunción de inocencia, no se advierte cómo la detención del imputado evitaría que se repita aquella acción supuestamente cometida por un tercero.

En los casos “Rivarola” y “Russo” dar entidad idónea a los temores de los damnificados a posibles represalias ya que el imputado los conocía y sabía dónde vivían (Rivarola) y la posibilidad de amedrentar a las víctimas porque conocía el domicilio y los movimientos (Russo) habilitarían a estimar viables tales genéricas razones en cualquier caso en que el presunto imputado conozca a la presunta víctima.

Por su parte en “Cepeda” la referencia a las características del hecho (integrar una organización conformada por personal de una fuerza de seguridad, dedicada a la comisión de numerosos delitos en perjuicio de personas de edad avanzada, y en ocasiones mediante un alto grado de violencia) para suponer de un modo indistinto que el imputado podría intentar fugarse o entorpecer la investigación no se apoya en elementos individualizados respecto del imputado que permitan apreciar una probabilidad alta de la realización de hechos futuros que excedan el libre ejercicio del derecho de defensa durante el proceso.

En “Quiroga” el argumento de que el imputado podría intimidar a las víctimas del hecho, pues tenía las llaves del edificio donde se desempeñaban laboralmente para decidir la prisión preventiva se vislumbra torpe ante la menos costosa posibilidad de, simplemente, cambiar la cerradura del lugar.

Y en “Ballatore” el hecho de que se continuaban presentando nuevos presuntos damnificados, y existía la posibilidad de que la asociación permaneciera en actividad, escondiera documentos relevantes para la investigación y se asegurara el provecho de las defraudaciones. (Y)... que restaba la producción de prueba y que estaba pendiente la detención de otros dos imputados aparece como una construcción hipotética imponente ante su lectura, pero no sustentada en circunstancias objetivas respecto de la conducta del imputado.

7. CONCLUSIONES

La selección de casos jurisprudenciales contrarrestada con el análisis teórico no hace más que demostrar que la falta de motivación de las decisiones que decretan la prisión preventiva de personas imputadas y se fundan en el supuesto de entorpecimiento de la investigación suele carecer de la expresión y acreditación de las razones que la fundamentan.

La prisión preventiva por riesgo de alteración de pruebas debe ser fundada y concreta. No basta que se base en hipótesis genéricas de comportamientos futuros que no se identifican, sino que requiere de una exigencia de concreción del peligro que se quiere aventar sustentado en elementos actuales del caso.

La autoridad judicial, para decidir la detención por este motivo de una persona imputada, debe poder precisar la existencia de las pruebas determinadas que se hallen en situación de riesgo y el modo en que se teme que su frustración ocurriría. Asimismo, se debe justificar por qué se entiende que, en el supuesto concreto, existe un riesgo de alteración mayor al que, en principio, concurre en toda imputación penal.

Esta modalidad de prisión no debe durar más allá del mínimo tiempo imprescindible para el aseguramiento judicial del material probatorio. Corresponde demostrar que el peligro procesal se encuentra en riesgo en una alta probabilidad y no solamente ante una mera posibilidad de que se afecte en un actuar que garantice la defensa material propia del imputado.

Asimismo, ante la entidad de derechos afectados y su equivalencia material con la pena de prisión de cumplimiento efectivo, debe establecerse la proporcionalidad de la medida y explicarse dentro del marco de legitimidad aceptado convencional y constitucionalmente.

Finalmente, en cada ocasión en que se utilice este peligro procesal como fundamento para el dictado del encarcelamiento preventivo deberá establecerse el plazo de duración de la medida o, en su defecto, la revisión periódica de las razones aludidas en la decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Barona Vilar, S. 1988, *“Prisión provisional y medidas alternativas”*, Jm Bosch.
- Binder, A. 1993, *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires.
- Bovino, A. 2007, *“Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”*, Foro: revista de derecho 8 (II Semestre).
- Cuenca Miranda, A. 2004, *“La prisión provisional en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*.
- Dei Vecchi, D. 2015, *“Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar”*, Ed. Ad-Hoc.
- Dorrego de Carlos, A. 2004, *“Régimen jurídico de la prisión provisional”*, Ed. Sepin, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. 2001, *“Derecho y razón, Teoría del garantismo penal”*, Ed. Trotta, Madrid.
- Gascón Inchausti, F. 2005, *“La Reforma de la Prisión Provisional en España”*, Temas de Derecho Procesal Penal de México y España, obra colectiva coordinada por David Cienfuegos Salgado, D., Natarén Nandayapa C. y Ríos Espinosa, C., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.
- Gimeno Sendra, J. 2011, *“La necesaria reforma de la prisión provisional”*, *Diario La Ley*.
- Gimeno Sendra, J. 1996, *“La prisión provisional y el derecho a la libertad”*, *Diario La Ley* (Sección Doctrina, Tomo 6).
- Gimeno Sendra, J., Conde-Pumpido Touron, C., Garberí Llobregat, J. 2000, *“Los procesos penales”*, Ed. Bosch, Barcelona.
- Gutiérrez de Cabiedes, P. 2004, *“La Prisión Provisional”*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra.
- Hassemer, W. 1998, *“Los presupuestos de la prisión preventiva”*, *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, (trad.) Ziffer, P., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Inecip 2012, *“El Estado de la Prisión Preventiva en Argentina. Situación actual y propuestas de cambio – INECIP”*. Disponible en: <https://inecip.org/publicaciones/el-estado-de-la-prision-preventiva-en-argentina-situacion-actual-y-propuestas-de-cambio/>
- Kees, J. 2007, *“La peligrosidad en las medidas personales de coerción”*, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires.

Kees, J. 2011, "Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva", en Vitale, G., García, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires.

Málaga Diéguez, F. 2002, "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", *Justicia 2002*, Ed. Bosch, Barcelona.

Martín Ríos, M. 2016, "*Medidas cautelares y personales: detención, libertad provisional y prisión preventiva*", Ed. Juruá, Lisboa.

Miranda, G. 2023, "*La presunción de inocencia. El rol de los medios de comunicación en la construcción de la cultura jurídica*", Editores del Sur, Buenos Aires.

Nieva Fenoll, J. 2017, "*Derecho procesal III. Proceso penal*", Ed. Marcial Pons, Madrid.

Pérez López, J. 2014, "*El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*", *Derecho y Cambio Social* (Año 11, N°36).

Polansky, J. 2014, "*Sésamo: Un estudio sobre los discursos legitimantes de la prisión preventiva y un análisis sobre su constitucionalidad*", *Lecciones y Ensayos* (N°92).

Ragués I Vallès, R. 2020, "*¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena*", *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (N°3).