

# PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**Por Ezequiel Kostenwein**

---

## EL AUTOR

Ezequiel Kostenwein es abogado, Magíster en Criminología y Doctor en Ciencias Sociales. Instituto de Cultura Jurídica, Universidad Nacional de La Plata Conicet (Argentina). dosmilmesetas@yahoo.com.ar

## SUMARIO

1. La prisión preventiva como una práctica judicial compleja
  - 1.1. Práctica, motivación y control
  - 1.2. Desencantamiento y delegación
  - 1.3. La autonomía en discusión
  - 1.4. Elementos para entender la prisión preventiva como una práctica
2. De las disposiciones a las competencias
  - 2.1. El uso de la crítica
  - 2.2. Los principios superiores comunes
3. A modo de cierre

## RESUMEN

En Argentina la prisión preventiva es un eslabón clave para comprender su demografía carcelaria. Esto se observa particularmente en la provincia de Buenos Aires, en la cual existe el mayor número de encarcelados del país y, además, los porcentajes más altos de presos sin condena. En este artículo mencionaremos algunos componentes que dentro de la justicia penal parecen favorecer el uso de dicha prisión preventiva. Para ello vamos a presentar una serie de testimonios de distintos actores judiciales, junto con los aportes teóricos que van de la sociología crítica de Pierre Bourdieu hasta la sociología de la crítica ligada a Luc Boltanski,

con los cuales intentaremos especificar las razones de la utilización actual de la medida cautelar en cuestión.

#### PALABRAS CLAVE

prisión preventiva – justicia penal – práctica – crítica – competencias

Fecha de recepción del artículo: 15 de mayo de 2015

Fecha en que remite la evaluación: 09 de junio de 2015.

# THE PREVENTIVE DETENTION IN THE BUENOS AIRES PROVINCE

By Ezequiel Kostenwein

---

## THE AUTHOR

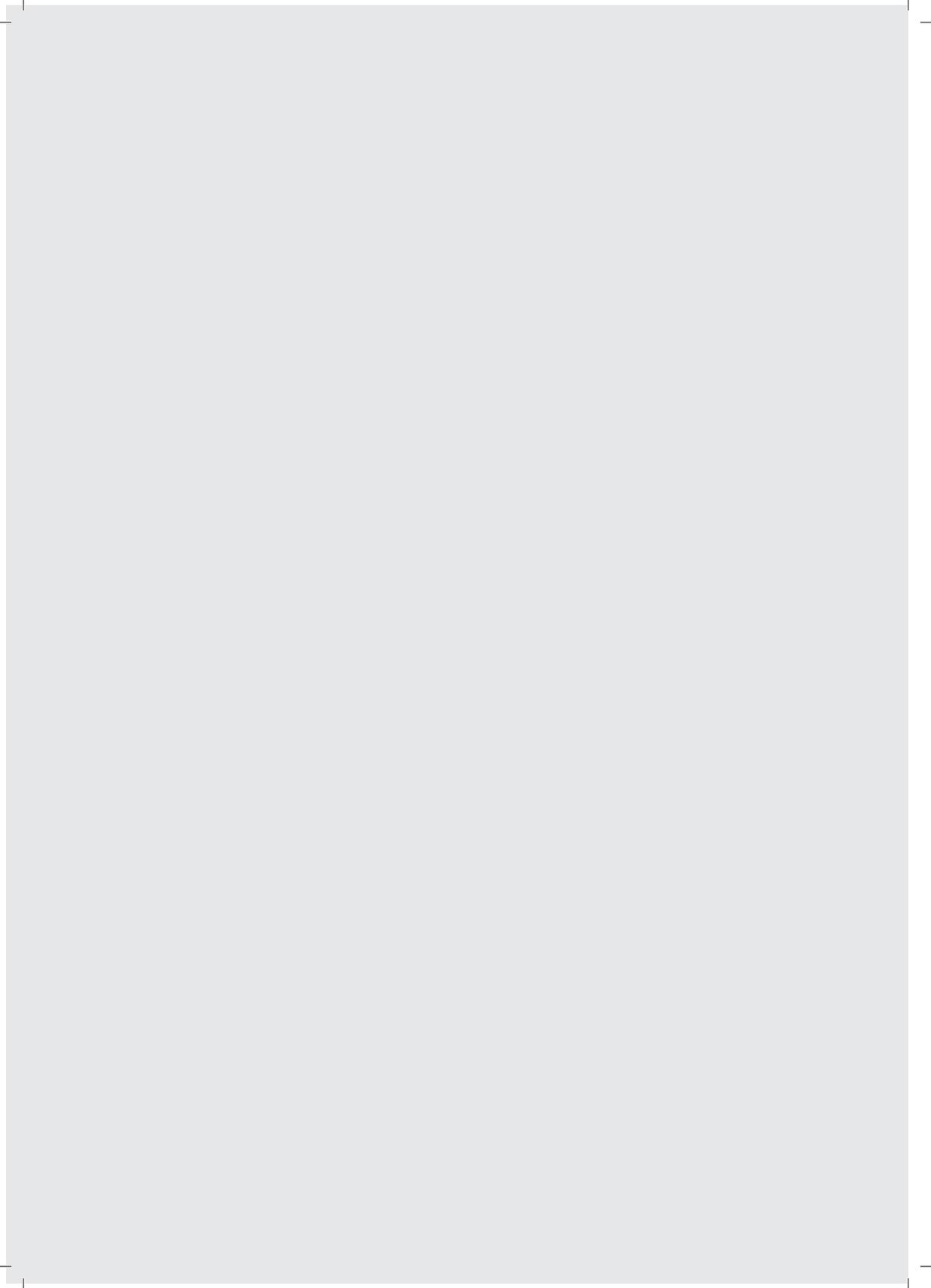
Ezequiel Kostenwein, Lawyer, Masters in Criminology and PhD in Social Science Institute of Legal Culture, National University of La Plata, Conicet (Argentina).  
dosmilmesetas@yahoo.com.ar

## ABSTRACT

In Argentina, preventive detention is a key link to understand your prison demography. This is particularly observed in the province of Buenos Aires, where the largest number of prisoners in the country, and also the highest percentage of unconvicted prisoners. This article will mention some components within the criminal justice seem to favor the use of such preventive detention. We are going to present a series of testimonies of various judicial actors beside the theoretical contributions ranging from critical sociology of Pierre Bourdieu to sociology of criticism linked to Luc Boltanski, with which we will try to specify the reasons for the current use of the injunction in question.

## KEYWORDS

preventive detention – criminal justice – practice – critique – competence



*La crítica no deja de hacer referencias a la justicia, ya que si la justicia no fuese más que un señuelo, ¿qué sentido tendría la crítica?*

L. Boltanski y E. Chiapello

## 1. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO UNA PRÁCTICA JUDICIAL COMPLEJA

La prisión preventiva (en adelante, PP) se configura cuando se priva de la libertad, durante el proceso por el que se investiga un delito, a quien está acusado de la comisión del mismo. En concreto, este instrumento tiene un propósito de cautela, razón por la cual debería ser utilizado exclusivamente como un medio para lograr los objetivos del proceso. Según la legislación vigente en la provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA), dichos objetivos pueden verse amenazados si quien está imputado de un delito consigue o bien evadirse o bien obstaculizar la averiguación de lo que exige la causa. Estos dos requisitos, conocidos como peligro de fuga y entorpecimiento para la averiguación de la verdad, son los únicos que validan la aplicación del encarcelamiento para alguien que aún es jurídicamente inocente.

Según las estadísticas disponibles, dentro de la PBA entre 1996 y 2013 el número de presos ascendió de 10.043 a 28.273, lo que arroja un incremento del 182% en la jurisdicción con más presos del país. Por ejemplo, el Servicio Penitenciario Federal —segundo en cantidad de encarcelados— aumentó en ese mismo período un 60%, registrando 6.112 presos en 1996 y 9.807 en 2013. El tercer Servicio Penitenciario en cantidad de reclusos, que es el de la Provincia de Córdoba, tenía 3.112 encarcelados en 1996 y 6.997 en 2013, o sea un aumento del 125%. Según los datos del SNEEP, en la PBA se pasa de una tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes de 75 en 1996 a 174 en 2013. Esta última tasa de encarcelamiento en la jurisdicción bonaerense está por encima de las que existen en el escenario nacional (152), y son considerablemente más altas que las que se observan a nivel mundial (125).<sup>1</sup>

Respecto de los porcentajes de presos preventivos en la PBA, esta ha sido su evolución en los últimos 18 años.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Datos suministrados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena (SNEEP).

<sup>2</sup> Fuente para las estadísticas de todos los años respecto de la situación procesal de las personas encarceladas: CELS.

**TABLA 1: PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES 1996-2013**

AÑO	% de procesados con PP	% de condenados	Sin datos
1996	81,8%	18,2%	-
1997	86,6%	13,4%	-
1998	90,1%	9,9%	-
1999	91,8%	8,2%	-
2000	86%	9%	5%
2001	87%	10%	3%
2002	87%	10%	3%
2003	85%	11%	4%
2004	84%	12%	4%
2005	79%	14%	7%
2006	73%	15%	12%
2007	73,1	16%	10,9%
2008	75,2%	19,7%	5,1%
2009	74%	22,7%	1,3%
2010	64,3%	33,1%	1,3%
2011	60,2%	37,3%	1,1%
2012	59,1%	39,8%	1,0%
2013	57,9%	41,1%	0,7%

Fuente: información estadística de la situación procesal de las personas encarceladas proporcionada por el Centro de Estudios Legales y Sociales. (CELS), Argentina

Para llevar a cabo este trabajo, hemos realizado un total de 46 entrevistas a diferentes actores judiciales, en particular defensores, fiscales y jueces de Garantías, todos pertenecientes al Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires. Las entrevistas fueron gestionadas previamente por informantes clave y realizadas personalmente. Todas se efectuaron en el lugar de trabajo, excepto a un defensor y un experto en seguridad, las que fueron llevadas a cabo en sus respectivas casas.

## 1.1. Práctica, motivación y control

En la PBA el uso de la PP puede ser analizado en los expedientes o en las audiencias, dependiendo las características del hecho que se esté investigando.<sup>3</sup> En unos y en otras, los actores judiciales elaboran justificaciones por medio de las cuales procuran respaldar su postura respecto del encarcelamiento preventivo. Estas justificaciones contribuyen a establecer acuerdos activos entre los actores judiciales, acuerdos que se realizan teniendo en cuenta distintos parámetros.

A la propuesta de presentar a la PP como resultado de un acuerdo activo podría replicársele que los argumentos que ofrecen los actores judiciales no son, en particular, suficientemente decisivos para comprender la aplicación de dicha medida cautelar. Esto podría inferirse de los expedientes —por el hecho de que en las justificaciones se repiten con frecuencia fórmulas similares— y de las audiencias —porque salvo una extralimitación policial, la PP suele concederse sin la exigencia de requisitos fehacientes—. Si seguimos esta línea de razonamiento, lo que corresponde buscar entonces es aquello que el uso cotidiano de la PP oculta o disimula, para luego explicitar los presupuestos tácitos que bajo la apariencia de necesarios gobiernan su uso en la institución judicial. Y un abordaje que desde las ciencias sociales puede contribuir a desentrañar esos presupuestos es la sociología crítica de Pierre Bourdieu. Concretamente nos referimos a su teoría de la práctica. Según sus propias palabras,

Es una sola y la misma cosa descubrir el error teórico que consiste en dar la *visión* teórica de la práctica para la *relación práctica* con la práctica y, más precisamente, en colocar en el principio de la práctica el modelo que se debe construir para explicarla y percibir que el principio de ese error es la antinomia entre el tiempo de la ciencia y el tiempo de la acción que conduce a destruir la práctica imponiéndole el tiempo intemporal de la ciencia (2007, p. 130).

De acuerdo con este argumento, la actitud que Bourdieu está criticando de la visión teórica de la práctica es similar a la que puede observarse en el enfoque dogmático de la PP que se caracteriza por dar preeminencia a la historia *interna*

<sup>3</sup> En los procesos ordinarios, la PP se tramita en los expedientes. Cuando los delitos son dolosos y la pena máxima para estos últimos no exceda los 15 años, la PP puede decidirse en las audiencias, dentro del procedimiento de flagrancia.

de la medida cautelar. Esta historia interna toma como referencia lo que aseveran las normas jurídicas para luego denunciar que, en la actividad cotidiana de los tribunales, esas normas son quebrantadas, como es el caso de los principios constitucionales de inocencia y legalidad, o la insuficiente demostración de los riesgos procesales. Sin embargo, esta perspectiva *interna* al considerar que la PP es en primer lugar una vulneración de principios constitucionales está desconociendo la *relación práctica* que con esta práctica judicial tienen los operadores jurídicos.

En concreto, lo que intentamos decir es que los diferentes postulados jurídicos deben analizarse en relación con factores extrajurídicos —sean judiciales o extrajudiciales—, puesto que aquellos postulados y estos factores tienen diferentes tiempos como los tienen, según Bourdieu, la ciencia y la práctica. Para el dogmático del derecho el tiempo queda abolido, no solo porque “no puede tener incertidumbre sobre lo que puede sobrevenir, sino también porque tiene tiempo para totalizar, es decir para superar los efectos del tiempo” (2007, p. 131). En consecuencia, al centrarse el trabajo del dogmático en las normas jurídicas puede *destemporalizar* el tiempo de la práctica, al estar *destemporalizada* respecto de la práctica del actor judicial.

Para acercarnos a la *relación práctica* que tienen los actores judiciales con la práctica de la PP, es importante mencionar uno de los temas que estos últimos esgrimen con mayor frecuencia para relativizar el peso de las normas jurídicas en la utilización cotidiana de la medida cautelar. Se trata de la carrera judicial, en la cual parece intervenir un proceso de aprendizaje local, es decir, un conjunto de saberes más ligados a la organización judicial del ámbito penal que a lo dogmático jurídico. Y dentro de este proceso de aprendizaje que se alimenta de interpretaciones específicas del trabajo cotidiano,

Prácticas, rutinas y procedimientos que conforman el ámbito penal siempre se toman como el marco inmediato de significado [que] es la amalgama indefinida [...] de la experiencia acumulada, la sabiduría institucional y el sentido común profesional que enmarca las acciones de los agentes penales y confiere significado a su quehacer (Garland, 2006, pp. 245-246).

En tanto amalgama indefinida, la carrera judicial es un cúmulo de experiencias institucionales acumuladas y reconocidas con sus propias expresiones, categorías y escalas, que configuran el contexto inmediato y particular en el que la PP es

aplicada (Fucito, 2001). Algunos trabajos destacan cómo en esta carrera son decisivos los favoritismos y las protecciones informales, lo que permite estructurar el trabajo cotidiano en dicha institución. Tal como afirma Sarrabayrouse (2004):

Existe una urdimbre de relaciones basadas en el parentesco, el status y las jerarquías que atraviesa la estructura, que da un sentido particular a la acción de los actores y a la que se hace imprescindible recurrir si se quiere comprender el funcionamiento institucional (p. 203).

Pese a que en el Poder Judicial (en adelante, PJ) rige un conjunto de pautas abstractas de carácter universal e impersonal propias de todo aparato burocrático, hay otro régimen coexistente que impera simultáneamente con él. En otras palabras, por un lado se observa una serie de reglas y de leyes generales y, por el otro, un conjunto de relaciones personales caracterizadas por el clientelismo y las prebendas.

Una de las cosas que más rápido aprendés acá adentro es la importancia que tiene pasar sin hacer grandes olas. Para lo que sea, esto es importante: para tu tranquilidad, para pensar en un acenso [...]. La corporación [judicial] influye para que las complicidades y amiguismos graviten en las decisiones. Sirve para que todo esté tranquilo (Juez de Garantía [en adelante, JG] del Departamento Judicial de La Plata).

Y en el PJ la falta de convicción se nota cuando antes de decidir se está pensando en qué van a decir los medios, qué los familiares de la víctima. Tenés que fijarte cómo te cuidás vos tu cargo, tu carrera, en desmedro de tus convicciones (Fiscal del Departamento Judicial de Quilmes).

¿Qué te dicen cuando un delito se viene repitiendo mucho? Hay que aumentar la pena. Esa es la respuesta fácil.

Pregunta: ¿Esa respuesta la observás por fuera del PJ?

Respuesta: No, adentro, adentro. ¿Cómo se comporta el JG? Ante la menor duda, el tipo queda en cana. No es cierto en la práctica que el principio es la libertad. Yo creo que hay muchas presiones, no directas, no te dicen “dejá a este tipo adentro”, pero piensan, “¿y si yo dejo libre a este y después

hace tal cosa...?”. Creo que hay mucha presión. Yo no creo que todos estén convencidos de usar la PP como lo hacen. Yo creo que hay más presión que convicción. Es miedo a que pase algo y salir en los diarios. Y paga más salir en el diario porque metiste en cana a alguien y no porque lo sacás.

Pregunta: ¿Eso puede tener que ver con el poco respaldo que los actores judiciales tienen?

Respuesta: Es muy posible. Que hay poco respaldo no hay ninguna duda, te diría que ninguno. Te sueltan la mano. Mirá lo que ha pasado con jueces de ejecución que dieron la libertad condicional a un tipo, y volvió a cometer un delito, te hacen un juicio político (Defensora Oficial del Departamento Judicial de La Plata).

Si bien estos testimonios no son unívocos, podemos abreviar y decir que en ellos aparecen en tensión intereses utilitarios que la institución judicial promueve y valores solidarios que la misma institución menoscaba, o al menos no fomenta. En este sentido, a la hora de evaluar la necesidad de la PP los actores judiciales deben tener presente, por un lado, aspiraciones de más largo alcance dentro del PJ y, por otro, compromisos y convicciones morales más cercanos, siempre según sus palabras, a la protección de los principios y las garantías jurídicos. Desde su percepción, existe una motivación institucional para especular con el uso del encarcelamiento preventivo, pidiéndolo y concediéndolo de acuerdo con la conveniencia personal —actitud calculadora—. Y a esta motivación se le suma un control débil de la misma institución para restringir o evitar ese mismo uso.

De acuerdo con lo dicho, para analizar la trayectoria de la PP en el PJ bonaerense debe tenerse en cuenta la combinación que surge en la institución judicial entre un frágil control para limitarla y una persistente motivación para especular con su utilización (Young, 2003). En definitiva, ambos lados de la ecuación de la PP, motivación y control, se vuelven elementos destacados para el entendimiento de los índices de esta medida cautelar.

## 1.2. Desencantamiento y delegación

Las ideas insinuadas de motivación y control no son las únicas que surgen en los testimonios de los operadores jurídicos. Para algunos de ellos la carrera judicial

provoca cierto desencantamiento que favorece, en primer lugar, la delegación de responsabilidades. Esta delegación se aduce a partir de las jerarquías formales dentro de la institución judicial, lo que como veremos a continuación influye en las decisiones sobre la PP.

Si bien conocemos el peso que tiene la metáfora del desencantamiento del mundo en el ámbito de las ciencias sociales,<sup>4</sup> nosotros la utilizamos con un sentido muy específico. Tomando en cuenta lo que expresan los mismos operadores, hablamos de desencantamiento del mundo judicial para dar cuenta de un declive en el prestigio y una disminución de la autonomía de dicha institución.

Tengo que reconocer que esos peligros [procesales que se deben tener en cuenta para aplicar o no la PP] se usan arbitrariamente; no es lo mismo un hecho que sale en la tapa de los diarios que otro que no sale, y eso influye en el ánimo de quienes formamos parte de la causa. Eso para mí tiene mucho que ver con la designación de los Jueces, con la baja de calidad de los Jueces en los últimos años. Casos graves hubo siempre, pero antes los Jueces leían el diario y no les importaba; ahora no es así (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de La Plata).

Esta manifestación resulta especialmente interesante ya que articula el debilitamiento del prestigio y la falta de idoneidad de los integrantes del PJ con la injerencia que tienen en esto los medios de comunicación. Según el fiscal citado,

---

<sup>4</sup> Como es sabido, Weber sostuvo que las carencias de mitos y valores imperativos propios de la modernidad contribuyeron a eliminar el enigma de la existencia, induciendo al hombre a considerarse capaz de dominarlo todo a través de la ciencia. El proceso de racionalización ocurrido en Occidente se encuentra inseparablemente ligado al itinerario que culminó con el desencantamiento del mundo: la ciencia ha demolido hábitos y creencias religiosas, morales y cosmogónicas, orientándose hacia la contracción de nuestro universo espiritual, imponiendo elementos lógicamente explicables. En sus propias palabras, “la tensión entre religión y conocimiento intelectual se ha evidenciado de modo acusado cada vez que el conocimiento empírico-racional ha colaborado firmemente en el desencantamiento del mundo y su transformación en un mecanismo causal. La ciencia, entonces, contradice el postulado ético de que el mundo es un cosmos ordenado por Dios y que, por tanto, está *significativa* y éticamente dirigido en alguna dirección [... por ello] la ciencia carece de sentido puesto que no tiene respuesta para las únicas cuestiones que nos importan, las de qué debemos hacer y cómo debemos vivir” (1997, p. 55).

es la baja calidad de los jueces que han sido nombrados en los últimos años lo que facilita que aquello que sale en los diarios tenga tanta importancia.

En concreto, el debilitamiento del prestigio del mundo judicial es expresado por los operadores jurídicos como el agotamiento de componentes característicos de su historia y su tradición. El mérito, la trayectoria, el esfuerzo persistente, que según algunos testimonios recogidos supieron ser la base en la consolidación de antiguas y respetables carreras judiciales, hoy parecen haber cedido primacía.

Hay jueces de Cámara de Casación que no los pondría a trabajar ni de empleados [...]. Después tenés fiscales que son macanudos [risas]. Y es serio. El respeto por lo que dice un juez, ya no hay más ese respeto. Y otra cosa son las designaciones fundamentalmente políticas en cargos importantes que rompieron con estructuras antiguas: antes se hablaba despectivamente de la *familia judicial*. Un juez le pedía a otro juez que nombre a su hijo, pero al hijo del juez se lo nombraba en el último cargo, no lo nombraban de secretario con un año de recibido para que al año siguiente sea fiscal. Se rompió la famosa carrera judicial. Antes llegar a camarista era el premio a toda una vida en el Poder Judicial, ahora lo podés conseguir en cinco años (Defensora Oficial del Departamento Judicial de La Plata).

Si bien se trata de reconstrucciones hechas sobre la base de percepciones situadas de los operadores jurídicos, su importancia está dada no tanto por su exactitud —la cual no es posible determinar— como por el hecho de que muestran el desprestigio en el que ha caído el PJ para algunos de sus integrantes.<sup>5</sup> Agreguemos a esto las objeciones que provoca la utilización de criterios considerados indebidos

<sup>5</sup> Al subrayar la faz discursiva de los actores judiciales, intentamos recuperar una imagen no homogénea del derecho y la PP, de lo que debe entenderse por ambos, lo cual incide en distintos ámbitos, desde las facultades, en etapas tempranas mientras el futuro jurista se forma, hasta en la manera de ejercer dominio político legal en una sociedad. Para Bergalli, “supone un conocimiento no solo de las estructuras que componen el aparato judicial, sino también del comportamiento de los jueces, de la valoración que de estos realizan los ciudadanos, de la ideologías e intereses sociales que alientan los magistrados, de la imagen que ellos forman de su función y profesión, de la comunicación recíproca que debe existir entre la sociedad y la justicia, etc.” (Bergalli en Rusche & Kirchheimer, 2004, p. XXII). En definitiva, es importante no minimizar lo que se dice, o lo que puede ser dicho, independientemente de sus aplicaciones concretas.

en la elección del personal, criterios que auspician una actitud escéptica en quienes lo advierten de ese modo.

Yo no puedo sentir *espíritu de cuerpo* con algunos personajes que llegaron como llegaron a sus cargos. Es angustiante. A mí más que bronca, me haceirme mal del trabajo. Te saca el incentivo, te saca las ganas de laburar (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de La Plata).

Sin que desaparezca el interés de los actores judiciales por integrar el PJ, sin que decidan renunciar a sus empleos por calificar ilegítimos varios de sus procedimientos, estos actores expresan su desencanto, en el sentido de que ya no creen en algo que antes creían y, en simultáneo, comienzan a reconocer mecanismos reprochables que antes —según ellos mismos— no existían. En palabras de Fucito (2001) “en la última década del siglo XX [...] el nombramiento puramente político de jueces afines [...] se extendió hasta el punto de sobrepasar todos los límites tolerables, incluso en un sistema *familista*” como el sistema judicial (p. 64). No es que la institución judicial haya dejado sin respuestas a los actores judiciales sobre cuestiones importantes como las relacionadas con lo que deben hacer o cómo deben hacerlo (Weber, 1997), sino que dicha institución ha ofrecido nuevas respuestas que fomentan la desidia de estos actores a la hora de percibir qué pueden hacer concretamente.

En este aspecto, es importante señalar que dentro del PJ de la PBA se dieron cambios, tanto en su expansión como en su composición. En primer lugar, hubo un gran crecimiento en el número del personal, el cual se duplicó con creces: según las cifras de la Suprema Corte de Justicia de la PBA a las que accedimos, en diciembre de 1998 había un total de 11.385 empleados sumando la Administración de Justicia y el Ministerio Público. Para octubre de 2014, la cifra era de 24.630. En segundo lugar, este incremento se dio junto con la llegada de abogados jóvenes formados con programas de estudios en materia penal y procesal penal más actualizados que aquellos con los que se habían instruido los actores judiciales que llevaban más tiempo en la institución judicial bonaerense. La reforma al Código Procesal Penal (en adelante, CPP) bonaerense del año 1998 implicó una nueva división del PJ que exigía la ampliación del número de empleados,

Al girarse hacia un sistema de enjuiciamiento de espíritu más acusatorio se multiplicaron los cargos en la Procuración General (fiscalías y defen-

sorías), se separaron a los jueces que intervendrían en la instrucción (de garantías) y los de juicio. Y para los casos de delitos graves, el juicio estaría a cargo de un tribunal compuesto por tres jueces. Esta súbita expansión de los cargos jerárquicos permitió que junto con los operadores políticos ingresaran al mundo judicial (y hasta como necesidad de sostener ideológicamente el nuevo proyecto) varios funcionarios del área académica de la Universidad de Buenos Aires y sus universidades satélite, que habían demostrado capacidad de análisis para poder crear jurisprudencia y una visión crítica del viejo poder judicial cerrado y endogámico, y del viejo sistema de enjuiciamiento inquisitivo (Gutiérrez & Álvarez, 2009).<sup>6</sup>

Por lo tanto, el debilitamiento del prestigio dentro de la institución judicial en la PBA puede entenderse, al menos para determinados actores judiciales, a partir de la percepción de estos nuevos nombramientos y ascensos como arbitrarios. En términos generales, esta nueva configuración en el PJ es experimentada como una situación injusta que a su vez podría ser evitada. Situación que, además, no es vista por dichos actores judiciales como resultado de su propio comportamiento, sino que se la atribuyen a las autoridades institucionales y políticas que están por fuera de su ámbito de influencia.<sup>7</sup> En definitiva, desde la perspectiva de estos actores parece existir una institución judicial en la cual se socializa a los recién llegados lejos de su tradicional cultura del esfuerzo. Y como consecuencia de esta nueva socialización, se desalienta a los empleados con más trayectoria allí dentro.

---

<sup>6</sup> La reforma procesal en la PBA supuso cambios institucionales importantes: “Durante este período, y principalmente el primer año que va de 1998 a 1999 el Poder Judicial de la Provincia se pobló de jóvenes profesores, que sin atacar a la estructura judicial en sí misma ni sus dinámicas internas, con actitud militante se propusieron cambiar las formas de actuación, provocar un cambio en la formas de entender el enjuiciamiento y crear una nueva corriente jurisprudencial” (Gutiérrez & Álvarez, 2009).

<sup>7</sup> Esta experimentación de la situación como injusta por parte de los actores judiciales tiene cierta relación con lo que algunos autores definen como “privación relativa”, concepto que se suele utilizar, por ejemplo, para analizar ciertos delitos y las motivaciones para cometerlos en determinados contextos donde no es la “privación absoluta” de bienes y recursos lo que permitiría explicar estos comportamientos (Lea & Young, 2008; Young, 2003).

### 1.3. La autonomía en discusión

Junto con el debilitamiento del prestigio que acabamos de mencionar, advertimos un segundo elemento que hemos caracterizado como la disminución de la autonomía del PJ. En primer lugar, es importante aclarar que la pérdida de autonomía no se contradice con la motivación institucional indicada anteriormente, sino que, por el contrario, parece existir reciprocidad entre ambos componentes. Las exigencias “utilitaristas” de la carrera judicial estimulan a los operadores a echar mano del recurso de la PP en tanto respuesta individual. En este sentido, la menor autonomía del PJ puede ser interpretada como una de las razones de la eficacia de la motivación institucional para recurrir al encarcelamiento cautelar.

Al respecto, merece nuestra atención el influjo creciente de actores extrajudiciales en la pérdida de la autonomía. Los medios de comunicación y las diferentes autoridades políticas aparecen como cada vez más imperantes en la administración de justicia penal en general y en el uso de la PP en particular. Sin embargo, esta mayor preponderancia es considerada en algunos casos como la causa de la disminución de la autonomía, y en otros testimonios como la consecuencia de dicha disminución. Esto último es un detalle importante para comprender cómo los actores judiciales reconstruyen ese proceso, y de qué modo atribuyen responsabilidades acerca de esto.

Un primer grupo de operadores jurídicos hace hincapié en particularidades o cambios que son internos a la institución judicial para dar cuenta de su menor autonomía. Como consecuencia, la posibilidad de que los medios y los políticos puedan ejercer influencia se vuelve posible solo si la independencia judicial se hubiese debilitado con anterioridad. En otras palabras, es la disminución de la autonomía la que permite explicar la injerencia de actores extrajudiciales, dado que estos últimos no estarían en condiciones de imponerse por sí solos. Tal es el caso de los siguientes testimonios:

El cambio debería provenir de nuestros superiores, tanto de la Suprema Corte como de la Procuración General [...]. Si la Corte y la Procuración se pusieran firmes defendiendo la independencia, que es vital, las cosas cambiarían. Que no me diga ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo qué tengo que hacer como fiscal, que me lo digan mis superiores, no los

diarios, porque esta es una estructura jerárquica que se acepta (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de La Plata).

Reforzar la independencia que se ha perdido, que a veces se la refuerza solo desde el discurso. Y que permite que cualquiera juzgue nuestro trabajo. Que el magistrado sepa que no está solo en el mundo, porque no está solo en el mundo. Que se lo contenga de las presiones de otros poderes para que no crea que solo debe *cubrirse* (JG del Departamento Judicial de Quilmes).

Como surge de estos relatos, tanto la ausencia de los superiores a la hora de defender la independencia judicial como la falta de respaldo de los operadores jurídicos frente a los embates de actores extrajudiciales, son los elementos que abren el resquicio por el cual el PJ empieza a disipar su autonomía. Y junto con esto último, cabe agregar que según los actores mencionados la posibilidad de revertir esta tendencia depende también de la misma institución, es decir, de sus superiores.

El otro grupo de operadores jurídicos es el que considera que la pérdida o disminución de la autonomía del PJ sobreviene como consecuencia de la injerencia directa de actores extrajudiciales. Aquí el acento está puesto en las diferentes actividades y discursos con los que los actores extrajudiciales aludidos consiguieron atravesar el umbral de la institución judicial.

En los últimos cinco años, debido a la injerencia de unos poderes sobre otros, reina lo que yo llamo la ley del rugby: pasar la pelota y no quedar en *offside*. Los fiscales pedimos la detención, eventualmente que el juez decida. El juez la decreta, y que eventualmente resuelva la Cámara. La Cámara, dependiendo de la circunstancia, confirma. Todo el mundo pasa la pelota y no quiere quedar pegado, ¿por qué? Porque nadie quiere ser Schiavo, Sal Lari (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de Mar del Plata).

[...] la presión política es una pauta, aunque sea inconsciente, que puede influir en decisiones de este tipo. Y con el mantenimiento de la PP, si ese imputado luego con el tiempo recupera la libertad por lo que dice la Cámara de Apelaciones y vuelve a cometer un delito, el juez que dictó la PP estará luego libre de imputación política o social por el hecho. Digamos

que cada uno cumple con lo que le corresponde: el fiscal pide la PP, el JG la otorga, y así que se vayan haciendo cargo los superiores que les correspondan (JG del Departamento Judicial de La Plata).

Los medios y la opinión pública influyen absolutamente y se refuerzan. Los jueces son los más débiles de todos los funcionarios judiciales, y eso se va profundizando. En términos generales, veo al PJ cada vez más permeable, porque la lógica es: yo como fiscal pido la PP, y que el JG me diga que no. El JG dice “yo se la doy, y que la revoque la Cámara, y la Cámara dice, “¿la vamos a venir a revocar nosotros? Y sigue [...], si en algún momento explota [...], el lema es pasala y que no vuelva” (Defensora Oficial del Departamento Judicial de La Plata).

En estos testimonios la autonomía del PJ es debilitada, en primer lugar, por la intervención de actores extrajudiciales, intervención que contribuye a reconfigurar las relaciones entre los actores judiciales que deciden sobre la aplicación de la PP. Solo después de la injerencia de los medios de comunicación y los discursos altisonantes de las autoridades políticas, la autonomía judicial parece comenzar a socavarse. Tal como lo plantea Garland (2005) para el ámbito británico y norteamericano:

La justicia penal es ahora menos autónoma que [antes]. Los actores y agencias de la justicia penal son ahora menos capaces de dirigir su propio destino y darle forma a sus propias políticas y decisiones. Esto es en parte el resultado de la necesidad de trabajar con otros “proveedores” y de la preocupación por dar mejores respuestas al público y a otros “clientes”. Pero la razón primordial de esta pérdida de autonomía es que las relaciones del campo con el público y con el proceso político han cambiado. Ha surgido una nueva relación entre los políticos, el público y los expertos penales en la que los políticos dan más directivas, los expertos son menos influyentes y la opinión pública se torna un punto clave de referencia para evaluar las diversas opciones. La justicia penal es ahora más vulnerable a los cambios de estado de ánimo del público o a la reacción política (p. 282).

Trasladando este análisis a nuestro contexto, para este segundo grupo de operadores jurídicos, la institución judicial penal bonaerense parece en la actualidad más permeable que antes de la reforma procesal en 1998. El auge de los medios

de comunicación y la clase política interpelando y siendo interpelada por la comunidad en torno al problema del delito, expone y desgasta a quienes trabajan en el PJ de la PBA. Esto último impide, entre otras cosas, que las discusiones públicas sobre el uso de la PP se instituyan alrededor de un lenguaje técnico-jurídico dominado por juristas con el que se pueda reivindicar el Principio de Inocencia y la libertad del imputado durante el proceso. Muy por el contrario, según algunas expresiones de los operadores jurídicos, lo que se consigue es asociar la excarcelación con la impunidad de aquellas personas que están siendo investigadas por la comisión de algún ilícito.

Consideramos importante señalar las diferencias entre aquellos actores judiciales que plantean la disminución de la autonomía del PJ como causa y aquellos que la plantean como consecuencia de la participación de los actores extrajudiciales a los fines de comprender mejor la PP como una práctica judicial compleja. Dado que los actores judiciales suelen vincular el uso de la medida cautelar con el debilitamiento de la autonomía judicial y la intromisión cada vez mayor de actores extrajudiciales, nos pareció significativo describir *en qué orden* afirman que sucedieron esos hechos, ya que se trata de eventos que dieron luego condición de posibilidad para un uso más amplio de la PP.

Resumiendo este apartado, podemos sugerir que los medios de comunicación y los políticos son considerados relevantes por los actores judiciales para analizar el desempeño de la justicia penal en general y el uso de la PP en particular. Según los testimonios recogidos al respecto, sabemos: primero, que esos actores extrajudiciales influyen en la disminución de la autonomía del PJ y, segundo, que esta pérdida de autonomía en algunos casos es vista por los actores judiciales como causa de esa mayor influencia y, en otros casos, como consecuencia.

#### **1.4. Elementos para entender la prisión preventiva como una práctica**

Por lo que vimos hasta aquí, al analizar el encierro preventivo como práctica surge que tanto la carrera judicial como el desencantamiento del mundo judicial<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Al hablar de carrera judicial pensamos fundamentalmente en la motivación y en el control institucional. Al hablar del desencantamiento del mundo judicial, de la pérdida de confianza en el prestigio y el declive en la autonomía del PJ.

deben ser tenidos en cuenta como dos factores que influyen en el uso de la PP. Entre otras cosas porque dichos factores facilitan que las normas constitucionales, que son las de mayor jerarquía en la pirámide jurídica y las que más límites le imponen al encierro preventivo, queden relegadas por los indicadores de riesgos procesales dispuestos en el CPP cuyo rango es inferior.<sup>9</sup>

Sobre esta inversión de las prioridades de las normas procesales en detrimento de las constitucionales podemos añadir tres cuestiones. En primer lugar, que dicha inversión ha sido criticada por teóricos del derecho, especialistas procesales y ONG, todos los cuales abogan por un uso más acotado del encarcelamiento preventivo. Segundo, que las críticas señaladas no han sido suficientes para comprender con mayor claridad las razones que impulsan a los actores judiciales a llevar adelante en los hechos tal inversión normativa. En tercer lugar, que son los mismos actores judiciales quienes confirman la existencia de esta inversión, más allá de que la analizan y valoran de manera variada. Y esta confirmación se observa tanto en los modelos de argumentación observados en los expedientes y las audiencias —en donde prácticamente no se mencionan normas constitucionales—, como en los testimonios que presentamos en adelante:

Las garantías constitucionales dan la libertad, pero lo que pasa es que en ciertas circunstancias cuando se dan los supuestos del CPP hay que mantener la medida cautelar, porque verdaderamente es un riesgo social. Los principios constitucionales deben ceder allí donde la sociedad entra en peligro. Una persona que ha cometido varios delitos, que la sanción del Estado no lo moviliza, no internaliza las consecuencias de sus comportamientos. Si alguien tiene una suspensión de juicio a prueba y en breve comete otro delito, para mí es más que suficiente [...], esto tiene que ver con el criterio de cada juez. Es una cuestión de valoración, pero yo creo que una primera oportunidad hay que dársela a la mayoría, yo la doy, a la segunda no (JG del Departamento Judicial de La Plata).

Los límites para la libertad durante el proceso son claros. La PP la pedís cuando creés que la persona no se va a someter a proceso, cuando tiene motivos para escaparse o para no venir, porque sabe que si lo condenan va a quedar

<sup>9</sup> Recordemos que los indicadores de riesgos procesales en el CPP son, por ejemplo, la PEE, la reincidencia, la falta de arraigo, entre otros.

detenido. Porque ha demostrado en causas anteriores que no se somete voluntariamente a proceso, porque lo llamas y no viene, o porque te da mal el domicilio. Y esto tiene una consecuencia seria y es que vos no podés terminar el proceso y la causa prescribe. Entonces se valen de eso para eludir la justicia (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de Mar del Plata).

Lo que me parece que sucede es que no se toman muy en serio principios constitucionales y hasta discusiones legales. Ni siquiera hay que ir a la CN; el mismo CPP de la PBA establece como regla general la libertad durante el proceso, y la restricción como excepción. Lo que pasa es que se determinan dejando de lado estos criterios por medio de los supuestos de excarcelación ordinarios, con lo que en la práctica el operador desplaza el principio de libertad y se maneja de acuerdo con los principios de excarcelación. Si no encaja en algún inc., no se excarcela al imputado y punto (Defensor Oficial del Departamento Judicial de La Plata).

Tomando en cuenta las manifestaciones anteriores, vemos que con mayores o menores objeciones las reglas que priorizan la libertad durante el proceso quedan postergadas por normas inferiores que resultan funcionales a la aplicación de la PP. Esta funcionalidad es valorada negativamente por aquellos actores judiciales que consideran que el encarcelamiento preventivo no se fundamenta debidamente. Desde una perspectiva diferente, otros actores dan a esa funcionalidad un signo positivo, ya que permite conjurar ciertos “riesgos sociales” o asegurar que la persona se someta al proceso. Pero lo más relevante es advertir que esta subversión en el uso de las normas jurídicas forma parte de los preceptos incorporados por los operadores jurídicos en la carrera judicial, preceptos que, como hemos visto, auspician la aplicación de la PP como respuesta individual en un contexto de motivación institucional. El hecho de obedecer estas consignas es lo que les permite a los actores judiciales “no hacer olas” o “pasar desapercibido”,<sup>10</sup> recomendaciones estas que pueden ayudar a decidir en circunstancias concretas aplicar el encarcelamiento preventivo en lugar de denegarlo.

---

<sup>10</sup> En los testimonios de los actores judiciales, las ideas de “no hacer olas” o de “pasar desapercibido” se vinculan con la intención de evitar quedar expuesto en hechos controvertidos y resonantes que pueden resultar un obstáculo para el posterior progreso en la carrera judicial.

Como primera conclusión es posible afirmar entonces que la utilización de la PP, es decir, la PP como práctica, no tiene el tiempo lineal, homogéneo y continuo que le adjudican teóricos del derecho, especialistas procesales y ONG. La PP, en tanto práctica judicial compleja, no es un movimiento virulento que empieza dentro del Principio Constitucional de Inocencia y acaba por transformarse, debido a su mal uso, en un anticipo de pena. Para los actores judiciales existe un tiempo práctico, configurado entre otros elementos por la carrera judicial o el desencantamiento de su mundo laboral, elementos que dentro del PJ suscitan ritmos particulares, con momentos que a veces apremian según lo que se *haga* de esos momentos, según las *funciones* que se le confieran a la aplicación o denegación del encierro preventivo en dichos momentos.

Es por lo expuesto hasta aquí que debemos reconocerle a la PP como práctica una lógica que no es la que sugiere la dogmática jurídica (Cabrera, 2005), ni tampoco es solo el evento con consecuencias deletéreas que denuncian las ONG (CELS, 2005; INECIP, 2012). Si evitamos analizar a la PP únicamente desde estos criterios, evitaremos también pedirles a los actores judiciales más lógica de la que pueden tener —creyendo que es suficiente para nuestro trabajo con evidenciar incoherencias en el uso del encierro preventivo, o con imponerle a este uso coherencias forzadas—. En este sentido, la PP en la práctica puede que tenga poco que ver con las garantías constitucionales, con los principios de inocencia y legalidad, de allí que no sea conveniente avanzar en su análisis tomando a dichos principios y garantías como cuestiones prioritarias. Existen intereses personales, como la propia carrera judicial y las preocupaciones del afuera, como los medios y los discursos políticos, que deben tenerse en cuenta para indagar el uso de la PP y las relaciones que este uso genera.

Desde luego que los intereses personales de los actores judiciales y sus preocupaciones por los medios de comunicación y los discursos políticos no surgen espontáneamente, sino que van forjándose dentro de un PJ que, como indicamos, en número de empleados se expande y en términos de autonomía se debilita. En consecuencia, la PP debe entenderse como una práctica judicial compleja en parte estructurada por los factores mencionados, los cuales no pueden cumplir sus funciones *prácticas* sino en la medida en que involucran principios coherentes, en el sentido de dominables y manejables con cierta comodidad en el trabajo cotidiano (Zino Torrazza, 2003). En definitiva, la PP existe como una respuesta individual disponible, sugerida y avalada por la institución judicial, y que por el

hecho mismo de transformarse en una respuesta para los operadores jurídicos, no les obliga a tener que recurrir a nuevas respuestas frente a sucesos similares.

## 2. DE LAS DISPOSICIONES A LAS COMPETENCIAS

En lo que va del presente artículo hemos trabajado con las disposiciones heterogéneas que provocan en los actores judiciales elementos como la carrera judicial, el desencantamiento que esta genera, la injerencia de los medios de comunicación y las autoridades políticas. Tal como expresa Corcuff (2008), una disposición es una tendencia, ligada a la socialización, o en nuestro caso, a la *institucionalización judicial* de los operadores jurídicos. A continuación, complementaremos esto con las competencias que los operadores despliegan para lograr acuerdos en torno a la PP, competencias que nos permitirán evidenciar el sentido de lo que estos últimos consideran justo e injusto a la hora de solicitar, objetar, conceder o denegar la PP. A diferencia de las disposiciones, estas competencias remiten al aprendizaje de una capacidad que se desarrolla en el marco de distintas situaciones, y que debemos precisar sin reducir el problema de la PP a una cuestión de estrategia o interés.

### 2.1. El uso de la crítica

Para caracterizar mejor las competencias de los actores judiciales y su potencial crítico, recurramos al planteo de Boltanski. Según este autor, genera serios inconvenientes para las ciencias sociales afirmar de manera categórica la separación entre ilusión y realidad, entre fuerzas ocultas verdaderas y motivos visibles pero aparentes. Fundamentalmente, porque esta separación presupone la existencia de un espacio compuesto por dos niveles: uno, el del actor y sus creencias y, el otro, el de la realidad profunda a la que tendría acceso el sociólogo.

Si bien hemos insinuado que deben tenerse en cuenta factores institucionales o estructurales<sup>11</sup> como los condicionamientos de la carrera judicial o el desencantamiento del mundo judicial, esto no significa que ambos configuren un espacio en el que se produzcan de manera subrepticia comportamientos guiados por un sistema de disposiciones estructuradas y estructurantes a la hora de decidir sobre

<sup>11</sup> Cuando hablamos de factores estructurales, remitimos a Anthony Giddens cuando afirma que “las estructuras sociales” tienen una doble dimensión: “lo estructural es siempre a la vez constriñente y habilitante” (1987, p. 226).

la PP. O dicho más concretamente, carecemos de motivos para insinuar que exista un *habitus jurídico*<sup>12</sup> en tanto

Disposiciones comunes forjadas “sobre la base de experiencias familiares parecidas, a través de los estudios de derecho y de la práctica de las profesiones jurídicas”, y que funcionan como categorías que estructuran la percepción y apreciación de los conflictos ordinarios, y que orientan el trabajo destinado a transformarlos en confrontaciones jurídicas (García Inda, 1997, p. 157).

En este sentido, a los factores que limitan o condicionan el comportamiento de los actores judiciales los pensamos a partir de las situaciones en las que dichos actores se desempeñan, y no como determinaciones que estos actores han interiorizado de una vez y para siempre.

Por lo tanto, para analizar los distintos tipos de limitaciones que existen en relación a los actores judiciales, según las diferentes circunstancias por las que

---

<sup>12</sup> La propuesta de *habitus jurídico* presentada por García Inda es dependiente de la noción de *habitus* de Bourdieu. Según Lahire, esta noción supone que las experiencias socializadoras comunes son homogéneas, y que es justamente esta homogeneidad lo que resulta difícil de demostrar. Si observamos el mundo social, insiste dicho autor, “uno se da cuenta de que existen un millón de experiencias socializadoras que son heterogéneas y que, incluso, pueden ser contradictorias entre sí” (2004, p. 72). Esto significa que no tenemos un sistema coherente y homogéneo de disposiciones incorporado, sino que somos producto de disposiciones múltiples y muchas veces contradictorias. Junto a esto, el *habitus* en Bourdieu tiene el problema de su aparente “transferibilidad” a los diferentes contextos. Para Lahire, estos esquemas de pensamiento y de sentimiento no son posibles de transferirse automáticamente de una situación a otra, o sea, que no son siempre los mismos esquemas. Por consiguiente, “si tenemos un sistema de disposiciones heterogéneas, no son las mismas disposiciones las que se transfieren de una situación a otra. Según la situación en la cual nos encontremos, ciertas disposiciones van a actuar, algunas se van a inhibir y otras se van a activar” (2004). El mismo Boltanski propone otra crítica a la categoría de *habitus*, o más exactamente al uso “fuerte” de esta categoría, puesto que este uso lleva a minimizar la importancia que tiene la situación concreta en el estudio de las interacciones. El investigador, afirma Boltanski, “considera entonces que ha cumplido su tarea cuando logra mostrar que, inmerso en situaciones diferentes, el actor procedió actualizando los esquemas inscritos en su *habitus*, es decir, en cierta medida, de manera previsible, lo cual tiende a hacer desaparecer el asunto de la acción propiamente dicha” (2005, p. 175).

atraviesan, es necesario aludir a la importancia de no considerar al investigador como aquel que está en condiciones de acceder a un conocimiento superior al de los actores, en nuestro caso de actores judiciales. Conocimiento que se volvería incluso más valioso cuanto más se oponga a la interpretación de estos actores, ya que eso evidenciaría que el investigador ve lo que dichos actores ignoran por completo. En palabras de Boltanski (2000), para este enfoque clásico de las ciencias sociales,

los actores no podrían acceder a la verdad de sus acciones. Ligados al mundo social por intereses, tenderían pues ya sea a disimular la verdad cuando es contraria a sus intereses o, en los modelos más sofisticados empleados en la sociología moderna, a ocultarse la verdad de sus actos y de sus tomas de posición (pp. 38-39).

Con esto queremos decir que el uso de la PP dentro del PJ no se despliega sobre una ilusión que el investigador debe desenmascarar al describir la verdad que se mantiene oculta para quienes la utilizan en ese ámbito. De ser así, no tendría sentido analizar las operaciones críticas y de justificación que por diferentes caminos realizan los actores judiciales sobre el PJ y la PP. Si bien esto último no significa que neguemos que sus operaciones críticas cuentan con oportunidades muy desiguales de modificar el estado del mundo que los rodea, oportunidades que se basan en el grado de dominio que posean sobre el medio judicial al que pertenecen.

De acuerdo con lo que acabamos de decir, han sido muchos los casos en los que los actores judiciales remiten a autores, textos o formulaciones expertas para respaldar sus afirmaciones sobre las reformas procesales que afectan la regulación de la PP, o sobre el influjo creciente de los medios de comunicación. Como veremos en lo que sigue, esto supone que esa experticia les confiere recursos para la realización de sus operaciones críticas.

Pregunta: ¿Cómo explicás los claroscuros de la reforma procesal, en particular sobre la prisión preventiva?

Respuesta: Los claroscuros tienen que ver con los mensajes y acciones del Poder Ejecutivo Provincial, acompañado por la Legislatura, de acuerdo a la ideología de ley y orden que se han mantenido a través de los distintos gobiernos con pretensión de dar respuestas mágicas, de emergencia

y claramente punitivista al conflicto penal. Algunos convencidos de ellos, con una clara cuota de ignorancia y falta de experiencia en la materia, y otros que volvieron sobre sus pasos por especulación electoralista (JG del Departamento Judicial de Mar del Plata).

Los medios, a título personal, te puedo asegurar que no influyen. Pero sí, sí, son importantísimos, porque generan movilización de las personas, porque solo se escucha la voz de la víctima. Bueno, Zaffaroni ha escrito libros sobre esto, uno de ellos es este *La cuestión criminal...*, ahí habla de la propaganda comunicacional, yo siempre digo que no estamos acá para dictar sentencias que sean simpáticas para la gente, para la opinión pública, sino para hacer cumplir la ley. Hay decisiones antipáticas, que no nos gustan, pero hay que tomarlas. Si yo tengo duda sobre alguien, no puedo pensar si está condenado por la sociedad o no. Si no cumple con los requisitos que me exigen las leyes, debo dejarlo en libertad porque es lo que corresponde. Los periodistas no están especializados y critican sin rigor jurídico, desde lo que la sociedad quiere, y seguro que eso influye (JG del Departamento Judicial de La Plata).

En estos testimonios se observa la utilización de una nomenclatura análoga a la de la literatura especializada, como es el caso de quienes manifiestan críticas a las campañas de “ley y orden” considerándolas de tinte conservadora, tendientes a simplificar el problema del delito y no a analizarlo en su complejidad tal como lo supo plantear el realismo de izquierda británico (Lea & Young 2008). Sobre el ya mencionado tema de los medios de comunicación, surge como referencia la explicación propuesta por Zaffaroni (2012). Este último, más allá de sus aportes concretos a la comprensión de esta problemática con su categoría “criminología mediática”, es considerado dentro del mundo judicial como una figura de referencia. De manera que es posible encontrar actores judiciales que realizan críticas a su propio entorno y a otros actores que intervienen en dicho entorno. Al mismo tiempo, estas críticas son complementadas aquí con la utilización de formulaciones y autores que les sirven de respaldo para sus propios argumentos.

## 2.2. Los principios superiores comunes

En la medida en que nos mantenemos alejados de la idea de que la sociología debe emancipar a las personas del autoengaño para de ese modo limitar la expansión

de las ilusiones que se crean y recrean colectivamente (Boltanski, 2000), seguimos percibiendo a las explicaciones y a los planteos de los actores judiciales como elementos centrales para analizar el uso de la PP. Y es con la intención de hallar en estos elementos que observamos y analizamos los argumentos y las competencias críticas que los actores judiciales intercambian en el curso de sus acuerdos y disputas acerca de la medida cautelar (Wuggenig, 2008). De esta manera, los criterios que utilizan JG, fiscales y defensores para merituar la necesidad de la PP no surgen, primeramente, de un sistema de disposiciones incorporadas y transferibles, sino a partir de los distintos escenarios que a lo largo de una jornada —o de diferentes jornadas— pueden cambiar, cambiando las escalas que guían sus decisiones sobre el uso de la PP.

Al hablar de escalas o magnitudes, hacemos referencia a un orden que los actores judiciales no consideran arbitrario o injusto dado que descansa en la presencia de principios de equivalencia, *principios superiores comunes* a partir de los cuales es factible lograr acuerdos sobre una escala de valores y la magnitud relativa que esos valores poseen en cada caso.<sup>13</sup> Esto no significa que frente a todas las solicitudes de PP los actores judiciales estén de acuerdo, es decir, que cada uno de ellos considere justa su solicitud, y posterior aceptación o denegación. Significa que frente a toda solicitud, existe un principio superior común que les posibilita dirimirla dentro de un régimen de justicia,<sup>14</sup> régimen en el cual las soluciones se

<sup>13</sup> Boltanski afirma al respecto: “Las magnitudes, en el sentido que utilizamos ese término, que descansan sobre principios de equivalencia generales y cuya validez, en consecuencia, trasciende la situación presente, son susceptibles de fundar acuerdos aceptables por todos y orientados por ello hacia una perspectiva universalista” (2000, p. 78)

<sup>14</sup> Para Boltanski, “la justicia no deja de ser una disputa, pero que sustituye la disputa en la violencia por una disputa en la justicia. En esta última, las personas ya no se miden solamente *una* con la *otra* [...]. Se apoyan, para fundar sus medidas, en una equivalencia general tratada como universal. Esta equivalencia general introduce en su relación la referencia a un segundo nivel que no es ocupado por personas, ya que el juez no puede arbitrar más que refiriéndose a él [...]. La disputa puede de ese modo pasar de la violencia a la justicia cuando cada uno reconoce la equivalencia general y reconoce que el otro la reconoce [...]. La justicia trata la disputa relacionándola con una equivalencia general y sometiendo a las partes a una prueba definida por referencia a esta equivalencia” (2000, pp. 132-133). Desde este punto de vista, la justicia está orientada hacia la disputa, al igual que el régimen de la violencia: cuando las personas tienen un litigio por resolver, entonces evocan habitualmente a la justicia. En el régimen de la justicia, las personas se aferran a los principios de equivalencia para criticar o justificar el or-

logran por medio de la argumentación, aun sabiendo —como es el caso de los defensores en particular— que pueden tener menos posibilidades de conseguir aquello que se proponen.

Por consiguiente, con el pedido de la PP se activan principios de equivalencias dentro de los cuales las magnitudes pueden variar, debiendo los actores desplegar distintas competencias según dichas variaciones lo exijan. Más concretamente, dichos principios con los que operan los actores judiciales para decidir sobre la PP pueden resultar incongruentes con otros principios que ellos mismos utilizaron en otra situación. Esto se explica porque cada uno de los principios se postula como general en la situación en que su legitimidad se está reclamando.

Los distintos principios de equivalencia son formalmente incompatibles entre sí, ya que cada uno de ellos se reconoce en la situación en la que su validez se establece como universal. De ello se desprende que las personas deben tener la capacidad de ignorar u olvidar, cuando se encuentran en una situación dada, los principios en los que han fundado sus justificaciones en las otras situaciones en las que han participado (Boltanski & Thévenot, 1999, p. 365, traducción propia).

Un ejemplo de esto, que hemos podido observar, es el de un JG que para denegar un pedido de PP se sustentó en el comportamiento posterior al hecho del imputado.<sup>15</sup> Este indicador procesal fue postulado como universal en esa situación, es decir, poseedor de un carácter general. Sin embargo, ese mismo JG en otro caso<sup>16</sup> en el cual decidió conceder la medida cautelar necesitó dejar de lado dicho indicador respaldando su decisión actual en los antecedentes del imputado junto con la pena en expectativa (en adelante, PEE) del delito investigado, indicadores procesales que en esa circunstancia también adquirieron carácter universal.

---

den de magnitudes existente entre los seres presentes en una situación dada. En otras palabras, los principios de equivalencia son activados para apoyar las pretensiones que tienen las personas para decidir sobre quién es grande y quién es pequeño, sobre qué tipo de orden debe prevalecer entre las personas.

<sup>15</sup> El comportamiento posterior del imputado se vincula con su predisposición a estar al servicio de la justicia, es decir, de presentarse inmediatamente después de que el hecho investigado haya sucedido.

<sup>16</sup> En este segundo caso del que hablamos, el imputado también se había presentado inmediatamente después de que el hecho investigado sucedió.

Como consecuencia, los actores judiciales deben tener la capacidad de prescindir, según lo ameriten los acontecimientos, de aquellos principios en los cuales apoyaron sus justificaciones en las otras situaciones por las que han atravesado (Boltanski, 2000). Tal como podremos observar en las siguientes manifestaciones, los actores judiciales no actúan siempre de la misma forma sin importar las circunstancias en las que se encuentren. O lo que es lo mismo, no se comportan como si fueran portadores forzosos de un mismo tipo de valores internalizados.

La realidad es que para la preventiva es determinante la expectativa de pena. Las normas dicen que esta es un indicador de riesgo procesal. Si la pena en expectativa es baja, se trata de evitar. En general son delitos de gente que está en la lona. Y siempre que sean delitos que no engendren violencia física. Cuando hay violencia, entran las víctimas a tenerse en cuenta. Si hay amenazas. Hay que buscar que la víctima esté tranquila (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de Mar del Plata).

Cuando el delito lo admite, y siempre tratando de prever el peligro de fuga, se pide la prisión preventiva. Pero es muy difícil no dar la excarcelación, o una morigeración, si el tipo es primario. Salvo que el delito sea muy grave, que venga muy complicado. La reincidencia es importante, forma como una presunción de que no le va a dar bolilla a la excarcelación, de no cometer nuevos delitos, de no presentarse a las citaciones, etc. Eso es lo que trata de pedir el fiscal, y no hay oposición de la defensa cuando la cuestión es grave (JG del Departamento Judicial de Quilmes).

La prisión preventiva siempre se pide por el fiscal, porque es un sistema acusatorio. En general, cuando se pide, se da. Tiene que ver con los peligros procesales, que están en el código. Los peligros procesales son la falta de domicilio, el comportamiento anterior, la pena en expectativa. Son todos los motivos por los cuales uno pueda pensar que pueda profugarse, sino al imputado se lo excarcela. Lo real es que la mayoría ya tiene antecedentes, los delitos con armas se complica más la excarcelación, por eso quizá la cantidad de presos preventivos que hay. Y los fiscales la piden por esos motivos, porque la prisión preventiva no se puede pedir porque sí. Durante el proceso, la libertad es la regla. Tienen que darse los requisitos del código (JG del Departamento Judicial de La Plata).

Según los testimonios de los actores judiciales, podemos señalar cuatro cuestiones importantes. En primer lugar, que los indicadores de riesgos procesales como la PEE, la violencia que represente el delito, la reincidencia, entre otros, son los que conforman el orden de magnitudes que está presente en las circunstancias o situaciones, y estos indicadores contribuyen, según el caso, a decidir sobre el uso o no de la PP. El hecho de tomar en cuenta la violencia que implica el delito supone contemplar tanto a la víctima como a la conducta ilícita en concreto. Cuando se menciona la reincidencia, lo que se prioriza es a la persona del imputado. Y con la PEE, lo que se valora es tanto la gravedad del delito, de la cual deriva la posible pena de efectivo cumplimiento, como la condición legal de la persona que está siendo investigada, puesto que si se trata de alguien con antecedentes, no podría gozar de una condena de ejecución condicional.

La segunda cuestión que se puede advertir es que los acuerdos activos acerca de la PP suelen ser más frecuentes entre JG y fiscales, más concretamente, entre quien investiga y quien controla la investigación, postergando la injerencia de la defensa. Si bien esto puede tener alguna relación con el hecho de que antes de la reforma del CPP de 1998 era el Juez de Instrucción quien realizaba conjuntamente las tareas de investigación y control, hoy se sustenta no solo en ese antecedente sino en la percepción de que “el fiscal es el que la puede pedir” según el CPP, y que cuando la pide “no hay oposición” porque es lo que corresponde según el CPP. Si bien no podemos ser categóricos al respecto, esto puede considerarse como uno de los elementos que favorecen la concesión del encarcelamiento preventivo.

Tercero, las respuestas más frecuentes suelen mencionar que la PP se pide y se otorga cuando se dan los requisitos estipulados en el CPP, y que únicamente se justifica su uso cuando esos requisitos se cumplen. En definitiva, según los testimonios recuperados, la PP no se puede pedir y conceder “porque sí”.

Por último, algo que resulta llamativo en las respuestas de los operadores es que confundan a menudo los riesgos procesales, únicos que pueden justificar la aplicación de la PP, con los indicadores de esos riesgos. Lo dicho significa que equiparan el peligro de fuga o el entorpecimiento en la investigación con los elementos que podrían hacer prever alguno de esos riesgos, como la falta de arraigo, la PEE, la gravedad del delito, etc. Esto puede contribuir a entender por qué en muchos casos a la hora de justificar el pedido o la concesión de la PP, tanto en los expe-

dientes como en las audiencias, ni siquiera se mencionen algunos de los riesgos procesales.

### 3. A MODO DE CIERRE

A lo largo de este trabajo definimos a la PP como una práctica judicial que, en tanto práctica, necesita ser estudiada como el resultado de elementos judiciales y extrajudiciales, elementos que la dogmática jurídica no contempla a raíz de que no se orienta hacia cuestiones empíricas. En primer lugar, afirmamos que debe tenerse en cuenta la relación que existe dentro del PJ entre un débil control para limitarla y una constante motivación institucional para aplicarla. Se trata de dos variables importantes para entender la ecuación de la PP.

Según algunos testimonios, aparece también un desencantamiento de los actores judiciales promovido por el declive en el prestigio dentro del PJ y por la percepción de cambios considerados arbitrarios. Esta experimentación de una situación como injusta que podría ser evitada si autoridades institucionales y políticas hicieran otra cosa, genera menos compromisos respecto de la utilización de la PP. Se trata, en definitiva, de no quedar expuesto dentro de una institución judicial que parece mostrar cada vez menos independencia.

Tanto los medios de comunicación como los representantes políticos son presentados por los actores judiciales como relevantes para analizar el desempeño de la justicia penal en general, y el uso de la PP en particular. Estos actores extrajudiciales influyen en la pérdida de autonomía del PJ, si bien para algunos operadores jurídicos esta influencia es la causa y para otros operadores es la consecuencia del declive en dicha autonomía. Y en un escenario de esta naturaleza, el encierro preventivo se brinda como una respuesta disponible, sugerida y avalada por la institución judicial, lo que termina por limitar la posibilidad de recurrir a nuevas respuestas frente a sucesos similares.

También sostuvimos que son los indicadores de riesgos procesales como la PEE, la violencia que entrañe el delito, la reincidencia, entre otros, los que conforman el orden de magnitudes que están presentes en las circunstancias o situaciones que contribuyen, según el caso, a decidir sobre el uso o no de la PP. En segundo lugar, señalamos que los acuerdos activos acerca de la PP suelen ser más frecuen-

tes entre JG y fiscales, es decir, entre quien investiga y quien controla la investigación, postergando el protagonismo de la defensa. En tercer lugar, confirmamos con algunos testimonios que la PP se pide y se otorga cuando, según los actores judiciales, se dan los requisitos estipulados en el CPP, y que únicamente se justifica su uso cuando esos requisitos se cumplen. Cuarto y último, resultó llamativo que los actores confundan frecuentemente riesgos procesales, únicos que pueden justificar la aplicación de la PP, con indicadores de esos riesgos, equiparando el peligro de fuga o el entorpecimiento en la investigación con los factores que podrían hacer prever alguno de esos riesgos.

## REFERENCIAS

- Bergalli, R. (2004). *Presentación a pena y estructura social*. Bogotá: Temis
- Boltanski, L. (2000). *El amor y la justicia como competencias*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Boltanski, L. (2005). Usos débiles y fuertes del *habitus*. En P. Encrevé y R. M. Lagrave (Eds.). *Trabajar con Pierre Bourdieu*, pp. 167-176. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Boltanski, L. & Chiapello, È. (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid: Akal.
- Boltanski, L. & Thévenot, L. (1999). The Sociology of Critical Capacity. *European Journal of Social Theory*, London.
- Bourdieu, P. (1972). *Esquisse d'une théorie de la pratique*. Génova: Droz.
- Bourdieu, P. (1990). *Sociología y cultura*, México DF.: Grijalbo.
- Bourdieu, P. (1991). *Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva*. Recuperado de <http://www.historiayderecho.com.ar/constitucional/bourdieu1.pdf>
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clase social*. Bilbao: Desclée.
- Bourdieu, P. (2007). *El sentido práctico*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Cabrera, S. (2005). Pena y prisión preventiva. *Urbe et ius*, I.
- Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS) (2005). *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Corcuff, P. (2005). *Lo colectivo en el desafío de lo singular: partiendo del habitus*. En B. Lahire (Ed.) *El trabajo sociológico de Pierre Bourdieu: deudas y críticas* Buenos Aires: Siglo XXI.
- Corcuff, P. (2008). Figuras de la individualidad. *Revista Cultura y Representaciones Sociales*, 4, 9-41.

- Corcuff, P. (2010). Los procesos de individualización en las ciencias sociales. *Revista Cultura y Representaciones Sociales*, 8, 7-33.
- Corcuff, P. (2013). *Las nuevas sociologías*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Fucito, F. (2001). *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?* Buenos Aires: FCE.
- García Inda, A. (1997). *Las violencias de las formas jurídicas*. Barcelona: Cedecs.
- Garland, D. (2001). *The culture of control*. Chicago: University of Chicago Press.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna*, México DF: Siglo XXI.
- Giddens, A. (1987). *La constitución de la sociedad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Gutiérrez, M. & Álvarez, V. (2009). *La construcción de la trama política del Poder Judicial*. En: (Presidencia). Ponencia presentada en las Jornadas Preparatorias del Congreso Alas.
- Lahire, B. (2004). *Socializaciones y disposiciones heterogéneas*. Propuesta Educativa. Buenos Aires.
- Lahire, B. (2005a). *El trabajo sociológico de Pierre Bourdieu: deudas y críticas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Lahire, B. (2005b). Campo, fuera de campo, contracampo. En B. Lahire (Ed.) *El trabajo sociológico de Pierre Bourdieu: deudas y críticas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Lahire, B. (2006). *El espíritu sociológico*. Buenos Aires: Manantial.
- Lea, J. & Young, J. (2008). *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Del Puerto.
- Sarrabayrouse, M. J. (2004). *La justicia penal y los universos coexistentes*. En: *Burocracias y violencia* (pp. 203-238). Buenos Aires: Antropofagia.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad*. México DF: FCE.
- Wuggenig, U. (2008). *Crítica paradójica*, (Raúl Sánchez Cedillo, trad.) Recuperado de <http://eipcp.net/transversal/0808/wuggenig/es>
- Young, J. (2003). *La sociedad excluyente*. Madrid: Marcial Pons.
- Zaffaroni, E. (2012). *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta.
- Zino Torrazza, J. (2003). *El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal: una propuesta metodológica*. En R. Bergalli (Ed.), *Sistema penal y problemas sociales* (pp. 209-242). Valencia: Tirant Lo Blanch.