

# Sociología de la justicia penal y regímenes de acción. El caso de la prisión preventiva

POR EZEQUIEL KOSTENWEIN

**Sumario: Introducción. — I. Mencionar disposiciones, analizar competencias.— II. Equivalencias y pruebas justificables.— III. Delito, violencia y justicia. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.**

## Resumen

El presente trabajo comienza describiendo al encarcelamiento preventivo como un tema particularmente estudiado, en el sentido que involucra diversos enfoques los cuales parten de presupuestos distintos sobre el tema. Tanto a nivel local como internacional, la prisión preventiva ha sido trabajada desde, al menos, tres perspectivas: la dogmática jurídico-penal, los informes de ONG's, y las ciencias sociales. El objetivo central aquí es analizar el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires (Argentina) desde la sociología de la justicia penal a partir de los regímenes de acción propuestos por Luc Boltanski. Para ello explicitamos las operaciones críticas que realizan los actores judiciales junto a los principios superiores comunes a los que recurren para definir cuándo pedir, objetar, conceder o denegar dicha prisión preventiva. Como resultado de nuestra propuesta mostramos a la medida cautelar citada como una consecuencia de acuerdos activos y disputas entre los actores judiciales en torno a tres elementos: delito, violencia y justicia.

*Palabras clave:* Prisión preventiva, regímenes de acción, competencia

## Introducción

El encarcelamiento preventivo (1) es un tema particularmente analizado, en el sentido que

(1) El encarcelamiento o prisión preventiva consiste en la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme —efectuada por un Juez o Tribunal competente— contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito. Según la doctrina jurídica más avalada, una vez que se comprueba la existencia

involucra diversos enfoques los cuales parten de presupuestos distintos sobre el tema. Tanto a nivel local como internacional, la prisión preventiva (en adelante, PP) ha sido trabajada desde, al menos, tres perspectivas: la dogmática jurídico-penal, los informes de ONG's, y las ciencias sociales.

En primer lugar, cabe mencionar los trabajos que provienen de la dogmática jurídico-penal dado que es la que lleva más tiempo estudiando la problemática de la PP. En líneas generales, estos trabajos ofrecen una mirada internalista del fenómeno en cuestión ya que toma al derecho como norma escrita positiva, prescindiendo de los contextos y las relaciones sociales en las que esta norma escrita se promulga o aplica (2). Por lo tanto, con la dogmática jurídica estamos frente a un enfoque normativo sobre el encarcelamiento preventivo, o lo que es lo mismo, un enfoque que presupone una coherencia interna y una lógica autorreferencial del derecho según las cuales la presunción de inocencia del imputado (3) es el sostén del edificio jurídico y la PP

de un ilícito y de indicios vehementes de la participación de quien está siendo investigado, el encierro preventivo puede fundarse en el peligro de fuga del imputado, en el peligro de que este último pueda obstaculizar la averiguación de la verdad durante el proceso, o en ambos peligros a la vez.

(2) DÍAZ, E., "Sociología jurídica y concepción normativa del derecho", *Revista de Estudios Políticos*, nro. 143, 1965.

(3) Considerado "principio de principios" a la luz del abordaje que hace la ciencia o dogmática jurídica, el Principio de Inocencia es aquel que garantiza que cualquier persona sea estimada inocente mientras no exista un pronunciamiento firme que destruya ese estado jurídico. En definitiva, que todo individuo que no ha sido declarado culpable, aun siendo investigado por la comisión de un

aquello que inevitablemente lo debilita. Desde nuestro punto de vista, esta perspectiva se concentra fundamentalmente en informar que no pasa aquello que debería pasar según lo postulan las normas jurídicas —es decir, que las personas jurídicamente inocentes y sin una condena firme en su contra estén en libertad—, dejando de lado elementos que podrían contribuir a comprender por qué pasa lo que pasa en torno a la PP.

Luego, se puede señalar aquello que sostienen diferentes estudios y documentos de ONG's sobre el problema de la PP alrededor del mundo, de lo que se desprende que es una medida cauteladora extendidamente utilizada. Esto significa que distintos informes provenientes de contextos diversos revelan un cúmulo de regularidades al analizar el problema del encarcelamiento preventivo. Más allá de sus particularidades, en Europa (4), EE.UU. (5), América Latina (6), Argentina (7) y en especial la provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA) (8), se puede hablar de la PP como un instituto con fuerte arraigo en contextos dispares. Si bien esta segunda perspectiva se encarga

---

delito, aun habiendo sido condenado por medio de una sentencia no definitiva, goce de un trato diferente de aquel que ya ha recibido una condena firme.

(4) DÜNKEL, F. — VAGG, J. (eds.), "Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of PreTrial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners Waiting for Trial", Instituto Max Planck, Friburgo, 1994.

(5) Open Society, "Justice Initiatives A publication of the Open Society", spring, 2008. Open Society, "Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention", Open Society Foundations, 2014.

(6) CARRANZA, E. y otros, "El 'preso sin condena' en América Latina y el Caribe", *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982; Carranza, E., "Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y su comparación con los países de Europa", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, nro. 16, San José, 1999, ps. 81-88; Carranza, E., "Justicia penal y sobre población penitenciaria", Ed. Siglo XXI, México, 2001; ceja, "Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina" (vol. I), Ed. CEJA, Santiago, 2009.

(7) CEJA, "Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina" (vol. II), Ed. ceja, Santiago, 2011; Inecip, "El estado de la prisión preventiva en la Argentina", Ed. Servicop, Buenos Aires, 2012; Gutiérrez, M., "Informe Argentina en Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada", Ed. DPLF, Washington, 2013.

(8) CIPPEC, "¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?", Documento de Trabajo nro. 74, Buenos Aires, 2011; Adc, "Prevenir no es curar", Ed. emepe, Buenos Aires, 2012.

de llevar adelante un importante trabajo de denuncia y visibilización de las consecuencias del fenómeno, creemos que impide distinguir cómo se configuran las asociaciones a las que da lugar la PP. O lo que es lo mismo, prescinde de explicitar el modo en que se generan la serie de relaciones que el uso del encierro preventivo produce a diario entre actores judiciales y extrajudiciales (9).

En tercer lugar, es interesante hablar de la perspectiva que desde las ciencias sociales pretende describir y explicar el incremento de la PP en particular, junto con el aumento de la tasa de encarcelamiento en general, como resultado de procesos más amplios. Este enfoque se apoya en un presupuesto que es el de considerar a la medida cautelar como un instrumento de dinámicas sociales que se engendran en esferas lejanas a la institución judicial (10). En consecuencia, desde este punto de vista la PP no es tenida en cuenta como objeto de estudio en sí mismo, sino como un fenómeno que emerge a partir de otros motivos "reales", que son los motivos que le confieren su papel en tanto herramienta de control social.

Estas tres perspectivas que presentamos sintéticamente las agrupamos dentro de lo que definimos como hipótesis represiva sobre la PP. En esta última lo que se percibe es la intención de analizar al encierro preventivo, su incremento en especial, como un elemento que solo cumple funciones negativas hacia el interior de un régimen

---

(9) Cuando hablamos de actores extrajudiciales, nos referimos principalmente a la policía, el ámbito político, los medios de comunicación, y determinadas ONG'S. sin perjuicio que haya otros, son estos los que consideramos centrales.

(10) Las dinámicas sociales pueden referirse: (A) a una nueva racionalización tecnocrática que tiende a aislar a las instituciones de las indefinidas exigencias del mundo social que resultan difíciles de gestionar. Como consecuencia de esta nueva racionalización, limitan la evaluación a indicadores que dichas instituciones puedan controlar (Feeley y Simon, 1995; Harcourt, 2012, 2013); (B) la existencia de grupos o poblaciones excedentes que proliferan debido a los cambios estructurales en el mercado laboral (Wacziarg, 2004, 2010; De Giorgi, 2006; Rodríguez, 2012); (C) el cambio estructural en la policía, la politización de la política criminal, el papel de la experticia, los nuevos soportes comunicacionales y la víctima como figura simbólica, que dejan de ser lo que eran, por lo que actores, relaciones y posiciones en el campo del control del delito son reconfiguradas (Garland, 2005; Pratt, 2007; Zimring, 1996; Sozzo, 2007).

jurídico penal, y no como una práctica concreta que vincula a la justicia penal con determinados actores extrajudiciales. En términos de Bruno Latour (11), las perspectivas que mencionamos proponen considerar a la PP como un intermediario, es decir, como un factor que traslada un impulso o una “fuerza social” sin modificarlos. Como consecuencia, si estamos en condiciones de conocer la funcionalidad del encierro preventivo, se puede derivar de ello la explicación del fenómeno en su conjunto.

Nosotros asumimos aquí una posición distinta frente a la PP y es la de definirla en primer lugar por lo que produce, es decir, por lo que es capaz de articular. Y para desarrollar nuestra posición es necesario identificar los diferentes quehaceres y vínculos que origina, por un lado, entre los mismos actores judiciales, y por otro, entre dichos actores judiciales y ciertos actores externos a la justicia penal. Esto significa que las prohibiciones, los rechazos, las censuras y las denegaciones que la hipótesis represiva sobre la PP (12):

“Reagrupa en un mecanismo central destinado a decir no, [deben considerarse] piezas que tienen un papel local y táctico que desempeñar en una puesta en discurso, pero que están lejos de reducirse solo a un papel opresivo”(13).

Más allá de no negar las secuelas perjudiciales que desencadena la utilización del encierro preventivo en concreto, se debe analizar a la PP a partir de las asociaciones que hace posibles. Esto último implica que la medida cautelar en cuestión no podría circular como circula si no fuese producida por medio de justificaciones, críticas, tomas de posición y decisión, a partir de los intercambios que se despliegan hacia adentro de la

justicia penal, y entre los actores de dicha justicia y algunos actores extrajudiciales. La PP no es solo un instituto que cumple un papel instrumental, ni es un instituto “fungible” cuyas competencias podrían ser desempeñadas por cualquier otra disposición judicial. Para que el encarcelamiento preventivo exista como existe resulta necesario que los operadores jurídicos hagan algo con él, que lo utilicen para validar sus demandas, sus objeciones, sus promesas, sus resoluciones. Parafraseando a Latour (14), sugerimos que la PP no es tanto una *sustancia* como un *movimiento*, porque a diferencia de lo que parece proponer la hipótesis represiva que describimos previamente, las cualidades de la PP son una consecuencia, y no la causa, de la acción colectiva dentro y fuera de la justicia penal.

### I. Mencionar disposiciones, analizar competencias

Entendida como una consecuencia, la PP necesita ser estudiada a partir de elementos judiciales y no judiciales, elementos que ni la dogmática jurídica, ni los informes de ONG’s, ni las ciencias sociales han logrado indagar lo suficiente. En este sentido, resulta importante acercarse a estos componentes dado que permiten especificar ciertas disposiciones heterogéneas que provocan en los actores judiciales elementos como la carrera judicial, el desencantamiento que esta genera en los operadores jurídicos, la injerencia de los medios de comunicación y las autoridades políticas. Enumeraremos brevemente cada uno de ellos.

En primer lugar, consideramos que debe tenerse en cuenta la relación que existe dentro de la justicia penal entre un débil control para limitar el uso de la PP y una constante motiva-

(11) LATOUR, B., “Reensamblar lo social”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2008.

(12) Sugerir la idea de una hipótesis represiva sobre la PP no significa soslayar algunos efectos que las perspectivas presentadas a lo largo de este artículo mencionaron y que podrían considerarse “efectos positivos” de la PP. Ejemplo de lo dicho podría ser que la PP produce más juicios abreviados, produce más hacinamiento penitenciario, etcétera. Sin embargo, en la explicación de estos “efectos positivos” se prescinde de lo que estructura nuestra tesis: las relaciones que esto último genera entre actores judiciales entre sí, y entre estos y actores extrajudiciales.

(13) FOUCAULT, M., “Historia de la sexualidad”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 20.

(14) Así como lo propone Latour para lo social, nosotros creemos que se puede plantear para la PP: “El adjetivo “social” designa dos fenómenos por entero diferentes: es a la vez una sustancia, una especie de materia y también un movimiento entre elementos no sociales. En ambos casos, lo social desaparece. Cuando se lo toma como un sólido, pierde su capacidad de asociar; cuando se lo toma como fluido, lo social nuevamente desaparece porque destella solo por un instante, justo en el momento fugaz en el que nuevas asociaciones están amalgamando lo colectivo [...]. Lo social solo es rastreable cuando está experimentando modificaciones”, “Reensamblar”, *ob. cit.*, p. 227.

ción institucional para aplicarla. Se trata de dos variables importantes para entender la ecuación de la PP (15).

Según algunos testimonios, aparece también un desencantamiento de los actores judiciales promovido por el declive en el prestigio dentro de la justicia penal y por la percepción de cambios que ellos consideran arbitrarios. Esta experimentación de una situación en tanto injusta podría ser evitada, según los operadores jurídicos, si autoridades institucionales como políticas hicieran otra cosa. A su vez, dicha experimentación genera menos compromiso respecto a una utilización prudente de la PP. Se trata, en definitiva, de no quedar expuesto por tomar decisiones riesgosas dentro de una institución judicial que parece mostrar cada vez menos independencia frente a intromisiones externas (16).

Tanto los medios de comunicación como los representantes políticos son sugeridos por los actores judiciales como relevantes para analizar el desempeño de la justicia penal en general, y el uso de la PP en particular. Según la percepción de estos operadores jurídicos, medios y políticos influyen en la pérdida de autonomía del PJ, si bien para algunos de ellos esta influencia es la causa y para otros es la consecuencia del declive en dicha autonomía (17). Y es en un escenario

---

(15) Según hemos recogido de entrevistas a los actores judiciales, en la justicia penal aparece en tensión intereses utilitarios que dicha justicia 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 como sería progresar en la carrera judicial, 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 a 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.

(16) Las intromisiones externas surgen, primordialmente de la policía, los actores políticos, los medios de comunicación, y ciertas ONG'S.

(17) 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

de esta naturaleza que 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 procesales frente a sucesos similares.

Hasta aquí, algunos de los factores que originan disposiciones heterogéneas en los operadores jurídicos, como es el caso de la carrera judicial, el desencantamiento de dichos operadores, y la influencia de los medios de comunicación como de las autoridades políticas. Tal como expresa Corcuff (18), 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 por parte de quienes trabajan en la justicia penal.

### 1.1. *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

---

que los medios y los políticos puedan ejercer influencia se vuelve posible sólo si la independencia judicial se hubiese debilitado con anterioridad. 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.

(18) CORCUFF, P., "Figuras de la individualidad", Revista Cultura y representaciones sociales, nro. 4, México, 2008, ps. 9-41.

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 (19) 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 la PP. O dicho más concretamente, carecemos de motivos para insinuar que exista un *habitus jurídico* 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”(20).

(19) 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” (1987:226).

(20) García Inda, A., “La violencia de las formas jurídicas”, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p. 157. 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: 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 pasibles 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” (Ibíd.). 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

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.

De tal forma que, para analizar los distintos tipos de limitaciones que existen en relación a los actores judiciales según las diferentes circunstancias por las que 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 ponga 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, según 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 [...]”(21).

Con esto queremos decir que el uso de la PP dentro de la justicia penal 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 la justicia penal y la PP. Esto último, vale aclararlo, no significa que neguemos que sus operaciones críticas cuenten con oportunidades muy desiguales de modificar el estado del mundo que los rodea, oportunidades que se basan en el grado de do-

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: 175).

(21) BOLTANSKI, L., “El amor y la justicia como competencias”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2000, ps. 38-9.

minio 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. Esto supone que esa experticia les confiere recursos para la realización de sus operaciones críticas.

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

“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 genera movilización de las personas, porque sólo 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 mani-

fiestan 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 (22). Sobre el ya mencionado tema de los medios de comunicación, surge como referencia la explicación propuesta por Zaffaroni (23). Este último, más allá de sus aportes concretos a la comprensión de esta problemática con su categoría “criminología mediática”, es valorado dentro de la justicia penal 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, estos desacuerdos son complementados aquí con la utilización de formulaciones y autores que les sirven de respaldo para sus propios argumentos.

## 1.2. 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 (24), seguimos percibiendo a las explicaciones y planteos de los actores judiciales como elementos centrales para analizar el uso de la PP. Y es con la intención de hallar 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 (25). De esta manera, los criterios que utilizan Jueces de Garantías (en adelante, 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 medida cautelar.

(22) LEA, J. - YOUNG, J., “¿Qué hacer con la ley y el orden?”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

(23) ZAFFARONI, E., “La cuestión criminal”, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2012.

(24) Boltanski, L., “De la critique”, Ed. Gallimard, París, 2009.

(25) Wuggenig, U., “Crítica paradójica”, Raúl SÁNCHEZ CEDILLO, trad., 2008. Recuperado de <http://eipcp.net/transversal/0808/wuggenig/es>.

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 (26). 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 (27), régimen en el cual las soluciones se 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 se-

(26) 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: 78)

(27) 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: 132-3). 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 orden 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.

gún 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”(28).

Un ejemplo de esto, que hemos podido observar, es el de JG que para denegar un pedido de PP se sustentaron en el comportamiento posterior al hecho del imputado (29). Este indicador procesal fue postulado como universal en algunas situaciones, es decir, poseedor de un carácter general. Sin embargo, esos mismos JG en otros casos (30) en los cuales decidieron conceder la medida cautelar necesitaron dejar de lado dicho indicador respaldando su decisión actual en los antecedentes penales de los imputados junto a la pena en expectativa (en adelante, PEE) de los delitos investigados, indicadores procesales que en esas circunstancias también adquirieron carácter universal.

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 (31). Tal como podremos observar en las

(28) BOLTANSKI, L. — THÉVENOT, L., “The Sociology of Critical Capacity”, *European Journal of Social Theory*, Londres, 1999, p. 365.

(29) 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.

(30) En este segundo caso del que hablamos, el imputado también se había presentado inmediatamente después de que el hecho investigado sucedió.

(31) BOLTANSKI, ob. cit., p. 79.

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 forzados 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 complican 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 (32) 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 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 Código Procesal Penal (en adelante, Cód. Proc. Penal) en la PBA del año 1998 era el Juez de Instrucción quien realizaba conjuntamente las tareas de investigación y control, hoy se sustenta no sólo en ese antecedente sino en la percepción de que “el Fiscal es el que la puede pedir” según el Cód. Proc. Penal, y que cuando la pide “no hay oposición” porque es lo que corresponde según dicho código. 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 Cód. Proc.

(32) Los dos riesgos procesales que el Cód. Proc. Penal de la PBA ofrece como razones para utilizar la PP es el peligro de fuga del imputado o el peligro que este último pueda entorpecer la investigación. El Juez de Garantías es quien está facultado para concederla o rechazarla durante la investigación previa al juicio de acuerdo a la meritua que haga de las pruebas ofrecidas, tanto por quienes la requieren —Fiscales— como por quienes pretendan impugnarla —Defensores.

Penal, 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 los riesgos procesales, 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, en los expedientes y en las audiencias (33), ni siquiera se mencionen alguno de dichos riesgos.

(33) Los expedientes son considerados en algunos trabajos y publicaciones como cuerpo fetiche dentro del Poder Judicial, habiendo tenido históricamente un lugar importante en la actividad judicial. Como rasgo preponderante de este instrumento puede mencionarse el de instituirse y circular a partir de la escritura, junto a los efectos de homologación que dicha escritura genera para los sucesos jurídicos allí designados. Dentro del ámbito judicial bonaerense, la PP es una de esas prácticas que forman parte del trabajo cotidiano. Asimismo, afecta a la mayoría de las personas que se encuentran encarceladas en esa jurisdicción. Y el expediente está vinculado a dicha medida cautelar, a los riesgos procesales que deberían justificarla, porque es en este instrumento donde se despliegan argumentos para solicitarla, objetarla, aceptarla o denegarla. VAUGHAN, D., “The dark side of organizations”, *Annual Review of Sociology*, 1999, ps. 271-305; “Criminología y sociología de las organizaciones”, *Delito y Sociedad*, nro. 24, 2007, ps. 7-25. Por su parte, las audiencias tempranas que se realizan durante la Investigación Penal Preparatoria en la PBA han generado en los actores judiciales modificaciones a la hora de organizar y presentar sus argumentos ya que lo hacen en un espacio en el que se encuentran presentes JG, Defensa y Fiscalía. El registro de lo que se expone en las audiencias se realiza por medio de un sistema digital de audio que graba las declaraciones de los participantes, desde el inicio hasta su finalización. Otra de las innovaciones de estas audiencias es que son multipropósitos (art. 7º, ley 13.811). Esto significa que, si bien cada una de las tres audiencias posibles tiene asignado un objetivo particular, existe la posibilidad de proponer en cualquiera de ellas los institutos procesales admisibles (suspensión de juicio a prueba, juicio abreviado, cese de la PP u otra medida de coerción, etc.), por lo que en definitiva hay un mínimo de una audiencia, y un máximo de tres.

## II. Equivalencias y pruebas justificables

Para seguir especificando las competencias que los actores judiciales despliegan en sus justificaciones y críticas sobre la PP, analizaremos la medida cautelar a partir de dos de los regímenes de acción que postula Boltanski. Planteadas así las cosas, no se trata de mostrar a las manifestaciones de los actores judiciales como ilusiones que encubren condicionamientos de otra naturaleza, sino de tomar en serio sus propósitos. En este sentido, al hablar de la tarea del sociólogo, Boltanski afirma que este debe tener en cuenta los argumentos y las pruebas que los actores ofrecen en su trabajo. De ese modo:

“El sociólogo renuncia a fundar su propia interpretación [...] construida mediante el aprovechamiento [...] de lo que los sociólogos clásicos corrientemente denominan *estructura social*, para dejarse llevar por las formas estables que aparecen en los informes de los actores [...]. Tomamos los argumentos de los actores tal como se dan, sin someterlos a nuestra crítica, confrontándolos con modelos que son en sí mismos el producto de un trabajo de explicitación y de sistematización de la competencia común” (34) (2000: 56-61).

Esta renuncia a considerar nuestra interpretación como superior no significa que anulemos la asimetría clásica entre la posición del investigador y la del actor. En lo fundamental porque es el investigador quien está en condiciones de recolectar un cúmulo de información que los actores en particular no tienen la necesidad de recolectar. Por el contrario, en nuestro caso significa que no pretendemos tener la última palabra respecto de los actores judiciales basándonos en una comprensión cabal de las “fuerzas” que orientan su comportamiento, “fuerzas” que permanecerían ocultas para dichos actores. Tal como lo plantea Latour (2008), no sirve de mucho reivindicar aquello que los actores hacen si luego le vedamos la posibilidad de definir sus propias escalas (35).

(34) Boltanski, ob. cit., ps. 56-61.

(35) Tal como lo planteamos en el capítulo anterior, 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

Buena parte de la información para el estudio de la PP la recolectamos del análisis de expedientes y audiencias (36), prestándole atención a la manera en que los actores judiciales ponen en juego competencias para justificar o criticar aquello que sucede en el momento en que se está investigando la consumación de un delito y la Fiscalía formula una demanda de encarcelamiento preventivo. Para esto último tuvimos que analizar el grado de validez que los actores mismos le otorgan, según las situaciones en las que se encuentran, a las distintas consideraciones que entran en juego y se enfrentan cuando surge un caso en el que la PP está en disputa bajo un régimen de justicia.

Si bien ya hemos caracterizado este régimen de justicia, es importante puntualizar que se trata de una modalidad de acción a la que apelan los actores cuando tienen una controversia y la resuelven en el marco de principios de equivalencia compartidos. Recordemos que estos principios de equivalencia o principios superiores comunes forman parte de un orden considerado legítimo compuesto de acuerdos más generales en los que deben coincidir las personas y tenerlos presentes para que un evento pueda desarrollarse con normalidad. En concreto, esto significa que frente a la solicitud de la PP todos los que participan en la decisión aceptan dirimirla por medio de la argumentación.

Con el objetivo de comprender mejor las particularidades del régimen de justicia, es posible ofrecer una tipología de ese y otros tres regímenes de acción propuestos por Boltanski, ordenándolos según dos parámetros. Tal como lo ilustra la tabla 1, un primer parámetro es el que tiene en cuenta en qué medida cada uno de los regímenes está orientado hacia la paz o hacia la disputa, y el segundo parámetro, hasta qué punto en cada uno de ellos están activados o no los principios de equivalencia mencionados que fundan un orden válido entre las personas.

**Tabla 1- Tipología de los cuatro regímenes de acción**

	<b>Activación de los principios de equivalencia</b>	<b>Desactivación de los principios de equivalencia</b>
<b>Orientado hacia la paz</b>	Régimen de la rutina (justeza)	Régimen del amor (ágame)
<b>Orientado hacia la disputa</b>	Régimen de la justicia	Régimen de la violencia

Según esta tipología, el régimen de justicia y el de violencia están encaminados hacia la disputa. Por consiguiente, cuando las personas tienen una controversia que solucionar, por lo general recurren al régimen de justicia. De lo contrario, se orientan por el régimen de violencia en el cual los principios de equivalencia son contradichos o alterados para establecer o mantener por la fuerza nuevas o viejas equivalencias (37). A diferencia de los dos regímenes anteriores, el régimen del amor (o del ágame) es

de valores y la magnitud relativa que esos valores poseen en cada caso. Por ejemplo, la libertad del imputado durante el proceso es una escala de valor. Pero la magnitud de esta escala permite que en algunos casos esa escala se relativice y la PP pueda ser considerada pertinente.

(36) KOSTENWEIN, E., "La cuestión cautelar. Estudio socio-jurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2016.

(37) Un ejemplo de régimen de violencia en nuestra sociedad sería el de una discusión entre dos personas por un choque con sus automóviles que concluye con golpes por parte de ambos. Si bien este puede ser un supuesto, Boltanski complejiza el régimen de disputa violenta, caracterizándolo como aquel que "abre la posibilidad de tratar a los seres humanos como si fueran cosas. Pero [...] las cosas en la violencia —es decir, también la gente cuando se encuentra en ese estado— no son ya cosas humanas, estabilizadas por su asociación con los hombres, sino seres naturales, fuerzas de la naturaleza" (2000: 110). En este sentido, una pelea entre dos conductores que puede derivar en heridas, incluso en arrestos policiales, para ellos no es simplemente una disputa de dos individuos por dos cosas humanas —sus coches—, sino una pelea entre seres humanos como si fueran cosas.

un régimen de paz, en el cual las personas dejan de lado las equivalencias provocando la imposibilidad de realizar cálculos (38). Por último, esta el régimen de la rutina (o de la justeza), en el cual tampoco hay disputas. Existe por parte de los individuos cooperación tácita, como si se dejaran conducir por las equivalencias en la medida en que ellas están activas sosteniendo un orden (39).

Retomando el régimen de justicia, podemos caracterizarlo como aquel en el que las personas se sirven de los mencionados principios de equivalencia a partir de los cuales critican o justifican el orden de magnitudes existente entre quienes se encuentren presentes en esa disputa específica. O lo que es lo mismo, los principios de equivalencia son activados por las personas para apoyar sus propósitos a la hora de intentar zanjar cuestiones sobre lo que es aceptable y lo que no lo es, sobre qué tipo de escala debe prevalecer en un momento determinado.

En síntesis, este régimen de justicia está orientado hacia la resolución de una disputa bajo criterios o principios de equivalencia que reglamentan dicha resolución. Para nuestro caso en concreto, vale preguntarse: ¿ha sido bien solicitada la PP por el Fiscal teniendo en cuenta la existencia de peligros procesales? ¿Esos peligros procesales son demostrados o solo enunciados? ¿Cómo actúa frente a esto la Defensa del imputado? ¿Qué prioriza el JG para resolver el pedido de la PP? Estos interrogantes permiten ver cómo en torno a la PP suele darse una confrontación por la supuesta necesidad o arbitrariedad que constituye su dictado, y cómo esta confrontación se resuelve a partir de las justificaciones y las críticas que los actores judiciales llevan adelante para ponerse de acuerdo. O sea, lo que sucede aquí es que los actores judiciales buscan resolver

(38) El régimen del ágape lo desarrollaremos en el cuarto punto de este capítulo.

(39) En este régimen las personas no hacen uso del lenguaje —como sí lo hacen en el régimen de justicia— para cuestionar las equivalencias inscriptas en la estabilidad de las cosas y en la firmeza de las personas cuando presentan lo que es constante en ellas (Boltanski, “El amor”, ob. cit., p. 107). En la justeza los objetos del mundo tienen principalmente la función de estabilizar la vida humana. En nuestro caso, tanto los expedientes como las audiencias son ejemplos de aquello que estabiliza el vínculo entre los actores judiciales.

sus controversias argumentando y activando los principios de equivalencia.

A partir de una serie de modelos de argumentación propuestos en trabajos anteriores (40), lo que intentamos fue explicitar el sentido de justicia —las implicancias metafísicas— de los planteos y justificaciones que estos actores utilizan en el plano judicial, es decir, criterios que van más allá de la situación concreta y poseen un nivel más alto de generalidad (41). Esto surgió de comparar los enunciados observados tanto en los expedientes como en las audiencias con los modelos que construimos en el “laboratorio”, modelos que son el “producto de un trabajo de elaboración realizado a partir de los argumentos planteados por los actores y de las situaciones en las que se desarrollaron” (42) (Boltanski, 2000: 59). Lo dicho nos permitió examinar el problema de la PP desde una perspectiva propia, ya que donde muchos pueden ver solo la recurrencia de los argumentos y tendencia a la repetición dentro de los expedientes y las audiencias, nosotros vimos categorías relacionadas con la justicia, la crítica y la justificación (43).

(40) Los modelos de argumentación ofrecidos para los expedientes son cuatro y los titulamos en base a la ley, según un acuerdo tácito, según un acuerdo en disidencia y según la confianza perdida. Para las audiencias, los modelos de argumentación también son cuatro y los definimos según la velocidad del proceso, según las personas, según los delitos y según la policía sospechada. KOSTENWEIN, “La cuestión cautelar”, ob. cit.

(41) Boltanski sostiene que “en el centro [del] modelo de competencia figura, por lo tanto, lo que podemos denominar capacidad metafísica. Dotamos a las personas humanas de una capacidad metafísica y consideramos que esa capacidad es esencial para comprender la posibilidad de un lazo social. En efecto, para converger hacia un acuerdo las personas deben hacer referencia a algo que no son personas y que las trasciende. Es esta referencia común lo que llamamos principio de equivalencia. Cuando el acuerdo es difícil de establecer, para realizarlo las personas deben aclarar sus posiciones de justicia, adecuarse a un imperativo de justificación y, para justificar, deben sustraerse de la situación inmediata y alcanzar un nivel más alto de generalidad. Así, se orientan hacia la búsqueda de una posición apoyada en un principio generalmente válido, es decir, en un principio con pretensiones de validez universal”. BOLTANSKI, ob. cit., p. 72.

(42) *Ibidem*, p. 59.

(43) Es importante aclarar que “...la justicia, la crítica y la justificación no han sido tratados por Boltanski de forma independiente, sino como un trío de temas inseparable, dado que todo reclamo de justicia (o lo que es igual, toda

Por consiguiente, a lo que le prestamos atención es a la manera en que los actores judiciales llevan adelante sus capacidades interpretativas frente a lo que sucede cuando alguien formula una demanda de PP. Para realizar esta observación evitamos juzgar desde un punto de vista externo y superior el grado de validez de las justificaciones y de las críticas expresadas por estos actores que intervienen en el pedido de esta medida cautelar. Más en concreto, analizamos el grado de validez que Defensores, Fiscales y JG le otorgan a las distintas interpretaciones que entran en juego y que se enfrentan cuando surge un caso en el que está presente la PP. Y apelando a ese grado de validez que le otorgan los mismos actores judiciales es que tuvimos la posibilidad de especificar las competencias que dichos actores desarrollan y crear modelos argumentativos por medio de los cuales esclarecer cómo justifican el uso del encierro preventivo.

### II.1. Los modelos y el sentido de la normalidad en los expedientes

Pasemos ahora a analizar el uso de la PP en los expedientes reafirmando que los argumentos de los actores judiciales tienen importancia para analizar este uso, que no son un simple reflejo de “causas más profundas”. Dicho de otra forma, podemos asumir que tres de los modelos de argumentación satisfacen las condiciones que se consideran exigibles para la aplicación de la PP en el ámbito judicial. Si aceptamos que la normalidad es una precondition de admisibilidad para que una demanda de PP sea concedida por el JG, debemos considerar a los argumentos construidos *en base a la ley, según un acuerdo*

---

denuncia de una injusticia) comporta en sí mismo(a) — así sea de manera implícita— una crítica a un orden establecido. Asimismo, es muy corriente —o al menos posible— que en el mundo social las operaciones críticas se vean acompañadas de operaciones de justificación, puesto que la justificación es la manera como un actor puede responder o prevenir la crítica de otro. Ahora, tanto en el ejercicio de la crítica como en el ejercicio de la justificación las personas expresan valores morales (valores de justicia) que tienen importancia para ellas. Esto quiere decir que es posible tomar la crítica y la justificación como dos facetas distintas, pero vinculadas a la justicia”, GUERRERO, J. C. - RAMÍREZ, H. (2011). “La justicia, la crítica y la justificación. Un análisis desde la perspectiva de la sociología pragmática”, Revista colombiana de sociología, Bogotá, p. 43.

*tácito, y según un acuerdo en disidencia* como normales más allá de sus diferentes contenidos. Vale aclarar que la normalidad a la que hacemos referencia es, en realidad, el sentido ordinario de la normalidad que los actores judiciales son capaces de poner en práctica en su trabajo cotidiano respecto de la PP. A continuación, caracterizaremos este sentido ordinario de la normalidad presente en los expedientes.

En el modelo realizado *según la ley*, la normalidad de la que hablamos se manifiesta cuando la PP es solicitada por el Fiscal y concedida por el JG respecto a uno —o dos— de los riesgos procesales que requiere el Cód. Proc. Penal.

En el segundo modelo hecho *según un acuerdo tácito*, el sentido de la normalidad se observa cuando la medida cautelar es pedida y otorgada sin que haya sido necesario mencionar en las justificaciones ni el peligro de fuga ni el entorpecimiento en la investigación.

En el tercer modelo, el sentido ordinario de la normalidad se distingue cuando Fiscal y JG consideran que la PP debe ser utilizada más allá de que ambos discrepen en sus argumentos.

El último modelo de argumentación, el que se apuntala *según la confianza perdida*, es puesto fuera de la normalidad en tanto precondition para conceder una demanda de PP por el JG.

Según los expedientes examinados, la normalidad está sustentada en dos condiciones. Primero, que el Fiscal demuestre frente al JG la existencia del delito, y segundo, que el imputado haya participado presumiblemente en este último. Como consecuencia, lo que acabamos de expresar permite ver que la cuestión de la normalidad y del sentido de la normalidad tiene un vínculo directo con la cuestión de la justicia y del sentido de la justicia en estos casos.

Los modelos de argumentación, entonces, hacen posible evidenciar los distintos grados de condicionamiento que los operadores jurídicos debieron enfrentar en las situaciones en las que se hallaron para hacer que las solicitudes —en el caso de los Fiscales— y las aceptaciones —en el caso de los JG— resultaran justificables. Pero insistimos en que los grados de condicionamiento están vinculados con las situaciones, y no con la

*interiorización* de la *exterioridad* judicial. Y en definitiva es por esto que podemos explorar al encierro preventivo como una competencia que desarrollan los operadores jurídicos al producir justificaciones y argumentos, escepticismos y acuerdos activos.

## II.2. Los modelos y el sentido de la normalidad en las audiencias

En el caso de las audiencias, la configuración de los argumentos es diferente ya que los actores judiciales que deciden sobre la PP durante la Investigación Penal Preparatoria (en adelante, IPP) interactúan en simultáneo, desplegando frente a frente sus competencias. Las críticas y las justificaciones que llevan adelante respecto de aquello que consideran justo o injusto son planteadas en un mismo ámbito, lo que supone un cambio en los marcos de significación de la PP. Como consideración general, las audiencias muestran ventajas sobre los expedientes a la hora de disputar la viabilidad o no de la medida cautelar durante la IPP. La razón fundamental está dada por la presencia del Defensor, que puede objetar las justificaciones de la Fiscalía previo a que el JG conceda la PP. Esta posibilidad en los expedientes no existe. Sin embargo, desde el punto de vista de la normalidad como precondition de aceptación frente a una solicitud de PP, volvemos a encontrar modelos en los que el JG considera justa dicha solicitud, y son los que se realizan *según la velocidad del proceso, según las personas, y según los delitos*. Como lo hicimos con los expedientes, describiremos este sentido ordinario de la normalidad existente en las audiencias.

El primero de estos modelos muestra que a la hora de justificar el encierro preventivo, los Fiscales y JG apelan al vocabulario *según la velocidad* con el que el proceso de flagrancia se impulsó (44), considerándolo ambos actores válido o normal como criterio para solicitar y conceder respectivamente la PP.

(44) Los actores judiciales apelan al vocabulario con el que el proceso de flagrancia fue impulsado, y lo hacen, justamente, porque a partir de la llegada de este proceso la velocidad con la que se desarrolla la investigación adquiere un protagonismo que antes no tenía. Pero que a diferencia de lo que sugieren las publicaciones y los informes que mencionamos hace un instante, la velocidad es utilizada para que la PP se solicite y se conceda.

El segundo modelo *según las personas*, con cierta afinidad respecto del positivismo criminológico (45), expresa el sentido de la normalidad como precondition de admisibilidad de la PP al poner como principal argumento a los imputados. Es decir, se invocan los peligros procesales partiendo del comportamiento previo —al hecho investigado— de la persona que está imputada.

Y en el tercero, con resabios de la Escuela Clásica de derecho penal (46), los argumentos en las audiencias se sustentan en la correspondencia que los actores judiciales observan entre la gravedad de la conducta ilícita realizada y la aplicación del encierro preventivo. O lo que es lo mismo, el sentido ordinario de la normalidad que los actores judiciales ponen aquí en práctica se apoya en la proporcionalidad entre la conducta ilícita y la aplicación de la PP.

El modelo que en las audiencias es ubicado por fuera de la normalidad es el que se sostiene *según la policía sospechada*, puesto que esta fuerza de seguridad incita desconfianza para la Defensa y el JG. O dicho de otro modo, cuando la Defensa logra persuadir al JG de que la policía se ha desempeñado capciosamente en una causa, más posibilidades existirán para que la PP no se otorgue.

Como primera conclusión de este punto podemos decir que los modelos de argumentación que propusimos permiten ver que el sentido ordinario de la normalidad entre los actores judiciales está presente en seis de los ocho modelos, si bien se trata de un sentido de la normalidad que se manifiesta de distintas formas, en los expedientes y en las audiencias.

En segundo lugar, vimos que al solicitar al JG que la PP se conceda por parte de la Fiscalía, o

(45) El positivismo criminológico italiano ha tenido suma influencia en los discursos sobre la criminalidad a partir del último cuarto del siglo XIX. Sin los resabios biologicistas provenientes de esta tradición, la idea acerca de que el componente central es el delincuente —y no el delito— mantiene vigencia en la legislación bonaerense y en la interpretación que hacen de esta los actores judiciales.

(46) La afinidad entre el pensamiento ilustrado sobre el delito y la pena y el modelo según los delitos, surge de la proporcionalidad entre la gravedad del delito y las medidas que se toman como consecuencia, sea una pena, sea la PP. Y esta proporcionalidad es utilizada sin que sean decisivos factores personales utilizados en otras IPP, a saber: los antecedentes, el arraigo o la posibilidad de contar con un empleo.

se deniegue desde la Defensa, lo que llevan adelante los actores judiciales intervinientes es un reclamo de justicia por lo que cada uno de ellos considera apropiado. Y formulan, en simultáneo, una crítica implícita a la decisión del JG en caso de ser contraria a su demanda, dado que es el JG quien homologa la normalidad o anormalidad como precondition de admisibilidad de la PP según el caso. Las operaciones críticas implícitas que acabamos de señalar suelen ir acompañadas de operaciones de justificación, puesto que la justificación es la manera como un actor judicial puede responder o prevenir la crítica de otro.

Por último, tanto en el ejercicio de la crítica como en el ejercicio de la justificación, los actores judiciales expresan valores morales de justicia sobre la necesidad o innecesidad de la PP, valores que tienen importancia para ellos. Con esto queremos decir que es posible tomar a la crítica y a la justificación como dos facetas distintas que se vinculan al sentido de justicia y normalidad que atraviesa la cuestión del encierro preventivo.

### III. Delito, violencia y justicia

A partir de lo que señalamos en el apartado anterior, ¿qué estamos en condiciones de decir sobre las formas en que los actores judiciales argumentan acerca de la PP en la práctica? ¿Realizan operaciones críticas al respecto? ¿Qué sentido de justicia, en tanto sentido ordinario de la normalidad, ponen en acción? En definitiva, ¿podemos llegar a comprender las justificaciones de los actores judiciales sobre la PP señalando las exigencias que han debido tener presentes en la situación en que se encontraban?

Para responder estas preguntas y complementar lo que expresamos acerca de los expedientes y las audiencias es necesario mencionar un elemento por lo general soslayado en los documentos e investigaciones sobre la PP, y que resulta importante para entender las justificaciones que utilizan los actores judiciales. Se trata del hecho de que esta medida cautelar gira en torno a la investigación de un delito, es decir, de una acción que se aparta del orden aceptado normalmente como legítimo (47), que sale de un régimen de

justicia y se ubica dentro de un régimen de violencia. Alguien que está imputado por la comisión de un delito es alguien acusado de llevar adelante una disputa por fuera de las equivalencias aceptadas como justas en un orden reconocido como legítimo (48). Podemos mencionar a Matza (49) cuando caracterizaba al crimen consensual como aquel comportamiento evidentemente incorrecto y dañino cuya represión no ameritaba mayores objeciones en la sociedad, para comprender que también en el ámbito judicial los delitos son percibidos como el incumplimiento de ciertas normas, incumplimiento que debe tener sus consecuencias:

“El castigo para mi es importante, como retribución. Y como disuasión. Hay que hacer hincapié en las oportunidades que tuvo [el imputado], y que lo que hizo está mal, y que eso tiene consecuencias. Si estás a prueba, debés entender que estas a prueba, y no tiene que ver con la clase social sino con el respeto a las normas” (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de La Plata).

Tal como lo sugiere esta Fiscal, la PP viene a restablecer *cautelamente* un equilibrio que fue alterado por la comisión de un delito, por la generación de un daño concreto inaceptable. No es nuestra intención polemizar aquí sobre el tipo de criminalidad que se investiga en general, ni advertir sobre la selectividad en la persecución de la misma. Esto último tampoco significa que alberguemos una mirada ingenua respecto de las

converger hacia un acuerdo las personas deben hacer referencia a algo que no son personas y que las trasciende. Es esta referencia común lo que llamamos principio de equivalencia”, BOLTANSKI, ob. cit., p. 72.

(48) En el régimen de la justicia y en el régimen de la violencia existe disputa, pero mientras que en régimen de la justicia las personas buscan resolver dichas disputas argumentando sobre los principios de equivalencia, en la violencia se rechazan o niegan las equivalencias: “En este régimen las personas mismas ya no se conocen más que como fuerzas opuestas y desconocidas a prueba unas de otras y, como hemos afirmado, el principio de su lucha no difiere en nada de la relación que podrían mantener con una cosa. Pero en este régimen en que las cosas ya no están sujetas por la equivalencia y por eso mismo ya no están obligadas a respetar las convenciones preestablecidas ni a satisfacer las expectativas puestas en ellas, la gente pierde toda influencia sobre ellas” (2000: 110).

(49) MATZA, D., “Delincuencia y deriva”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 230.

(47) Un orden aceptado como legítimo, que esté por encima de los criterios personales, es lo que Boltanski denomina principio de equivalencia Según este autor, “para

desigualdades en las que tiene lugar el control de determinado tipo de delitos por parte del Estado, desigualdades que este control contribuye generalmente a profundizar y reproducir (50). Sin embargo, lo que nos parece necesario subrayar es que las denuncias sobre esta selectividad y estas desigualdades son procedentes pero no suficientes para comprender la utilización de la PP dentro de la justicia penal. En este sentido, es importante señalar que a partir de la IPP estos actores buscan, cada uno según su función, introducir al delito dentro de un régimen de justicia activando equivalencias que la infracción ha quebrantado. Esta vuelta al régimen de justicia es necesaria puesto que para investigar un delito y eventualmente utilizar la PP, dichos actores deben justificar sus planteos desde un orden aceptado como legítimo. O sea que “la disputa pasa de la violencia a la justicia cuando cada uno reconoce la equivalencia general y reconoce que el otro la reconoce y cuando ese otro reconoce que también él la reconoce, y así sucesivamente” (Boltanski, 2000: 132).

En definitiva, la solicitud de PP que realiza un Fiscal durante la investigación de un delito contra la propiedad, p. ej., no puede sustentarse solo en fórmulas preestablecidas o redundantes. Lo mismo pasa con la concesión o denegación que lleve adelante un JG, o la objeción efectuada por la Defensa. Es decir, existe por parte de los actores judiciales la necesidad de brindar justificaciones en cada situación, y estas justificaciones —pese a que pueden tener una serie de referencias comunes— no son necesariamente habladas. Con esto queremos sugerir que la exigencia de justificaciones pone condiciones y límites para el uso de la PP. Y si bien no siempre estas condiciones y estos límites son rigurosos, sí contribuyen a regular el ejercicio de otra violencia —además de la del delito— que es la encarcelar a una persona jurídicamente inocente.

(50) Las relaciones entre desigualdad y delito deben ser analizadas desde diferentes perspectivas, tales como la pérdida de bienestar que genera en las personas las altas tasas de ilícitos, las relaciones que existen entre las probabilidades de las personas de ser víctimas de determinados delitos y su pertenencia a determinados sectores sociales, y la correlación general entre desigualdad y delito. KESSLER, G., “Controversias sobre la desigualdad”, Ed. FCE, Buenos Aires, 2014.

### III.1. La prisión preventiva como consecuencia

Junto con lo que acabamos de mencionar sobre la importancia del delito para la utilización de la PP, debemos rescatar algo que tiene que ver con la importancia de la división judicial del trabajo. En la mayoría de los casos, los operadores jurídicos muestran diferentes competencias que se vinculan con la tarea específica que cumplen durante la IPP a partir de una situación concreta. Esto contribuye a expresar diferentes sentidos de justicia así como diferentes justificaciones y operaciones críticas, todas cuestiones que pueden variar en función de si controlan la legalidad de las actividades que se llevan a cabo para investigar un delito —Fiscalía—, si dirigen dicha investigación —JG— o si salvaguardan al imputado —Defensoría—.

Si bien lo que acabamos de expresar puede parecer evidente, resulta un avance respecto a ciertos abordajes y estudios que se han hecho sobre la PP, en los cuales se plantea el problema sin diferenciar con claridad esta cuestión aparentemente obvia. Un ejemplo de dichos abordajes es la perspectiva mencionada al comienzo de este artículo que trabaja al encierro preventivo desde las ciencias sociales. En términos generales, para esta perspectiva es posible, y en algunos casos suficiente, afirmar que la PP se trata del encierro de personas jurídicamente inocentes, definiendo por adelantado y en lugar de los actores judiciales cómo se produce y para qué sirve. En otras palabras, deciden investigar a la PP como si fuera un todo homogéneo dejando de lado que para comprender su uso hay que abordarla como una práctica, como un acuerdo activo, pero no como un fenómeno de significado único. Por consiguiente, para nuestro análisis sobre este problema es crucial no definirla anticipadamente, ya que el destino de la PP está en manos de quienes pueden decidir utilizarla o no utilizarla y quienes pueden impedir o favorecer que se utilice. En síntesis, que las cualidades de la PP son una consecuencia, y no la causa, de lo que hacen los actores judiciales con ella (Latour, 1992).

Según las expresiones recogidas, buena parte de los actores judiciales vinculan tanto el sentido de justicia como las críticas que utilizan para la puesta en marcha de la PP con la función que desempeñan en la IPP. Al no ser vista del mismo modo por JG, Fiscales y Defensa, la PP tampoco

genera los mismos requerimientos ni articula las mismas relaciones. Se trata de un enfoque “institucionalista” de la PP, en el sentido de que las presiones que surgen a partir de las diferentes situaciones se apoyan fundamentalmente en el papel que la institución de la justicia penal les asigna que cumplan. Así lo plantea este actor judicial:

“Aun con la mejor de las intenciones, lo que se pregunta del lado de la fiscalía y lo que se pregunta del lado de la defensa es absolutamente distinto. Parten de premisas absolutamente distintas. El problema del juez es que debería ser equidistante de ambas posiciones, y ya ahí entra a jugar la ideología que tiene el juez, su visión del proceso penal. Y a mí me parece que en esto tiene mucha influencia cuál ha sido la trayectoria judicial de ese juez. En general, el 90% de los jueces provienen del lado de la fiscalía. Fijate qué diferente ve el proceso el juez que vino de la profesión, o de la defensa. A mí me parece que vos no podés ser juez si no estuviste en los dos lados, pero sé que es difícil en la práctica. Es muy difícil sacarle una absolucón al juez, porque cree que solo se hace justicia si hay una condena” (Defensor Oficial del Departamento Judicial de La Plata).

Tomando las palabras de este Defensor, el recorrido de los actores judiciales organiza los parámetros que ellos mismos utilizan para evaluar la medida cautelar. Sin embargo, no debe verse como una contradicción con nuestra propuesta el hecho de que las posiciones en la IPP sean relevantes para la percepción de los actores sobre la PP. Según nuestro planteo, lo más importante no son los roles (51) sino los regímenes de acción que los actores judiciales despliegan a partir de las situaciones por las que atraviesan:

“Sus competencias consisten en referirse a principios generales de justicia y adaptar su com-

---

(51) Tal como lo sostiene François Eymard-Duvernay, “en la sociología que atribuye un rol a las personas, estas actúan bajo el efecto de un programa incorporado. El rol es un programa que regulariza el comportamiento de una persona y permite a los otros anticipar su comportamiento” EYMARD-DUVERNAY, F., “Economía de las convenciones”, Asociación Trabajo y Sociedad, Buenos Aires, 1994, ps. 58-9. En este sentido, nosotros no hacemos mayor hincapié en los programas incorporados de las personas.

portamiento a esos principios, pero esos principios no son roles incorporados, sino formas de acuerdos entre las personas. En particular, una persona debe cambiar de programa de acción según las situaciones en las que se encuentra”(52).

En definitiva, el lugar que ocupan los actores judiciales no deja de ser un elemento significativo para analizar los regímenes de acción que ponen en marcha, si bien es relevante a partir de las diferentes situaciones por las que atraviesan, no por la interiorización de sus posiciones.

Junto a esta perspectiva “institucionalista”, existen otros actores que sugieren en sus testimonios que la actitud frente a la PP no tiene que ver con la división judicial del trabajo, o al menos no prioritariamente, sino con convicciones previas a los cargos que invisten. Acá la diferencia no sería entre JG, Fiscales y Defensores, sino entre posturas críticas, moderadas y conservadoras frente a la aplicación de la PP en particular, y frente a la selectividad del control del delito en general. Por ello, es un enfoque más “ideológico” que “institucional” puesto que las percepciones se configuran incluso al margen de la función o el cargo, sea antes o después de ingresar al justicia penal.

“Para mí [lo que piensan] lo traen, en mi experiencia creo que es así. Los que yo conozco que han cambiado de función que eran compañeros míos, y que ahora son Jueces de Garantías, no cambiaron. Pensaban de una manera en la Defensa y ahora piensan igual. En todo caso lo que hace la rutina del Poder Judicial es acentuar lo que uno ya traía. Y en La Plata, los que son Jueces de Garantías eran antes Jueces Correccionales, por lo que tendrán que pasar años para que vengán nuevos” (Defensor Oficial del Departamento Judicial de La Plata)”

Lo que cobra protagonismo aquí es la cosmovisión del actor judicial sobre el papel de la justicia penal y de los factores que intervienen en el fenómeno del delito. Desde luego que esta diferenciación “ideológica” es más difusa que la de la división judicial del trabajo, porque carece de respaldo por parte de la organización judicial. Además, es producto de categorías que surgen de

---

(52) *Ibidem*, p. 59.

aquello que los actores judiciales expresan a la hora de referirse a sus colegas en general, o para aludir a un colega en particular, pero no para presentarse a sí mismos. En concreto, ningún actor judicial en las entrevistas se identifica a sí mismo con el rótulo de conservador, moderado o crítico (53). Lo que sí puede suceder es que alguno de estos actores considere estar siendo definido de una u otra forma por sus colegas. Tal es el siguiente caso:

“[...] cuando voy a algunos juzgados me dicen: ¡vos sos la gorila! Yo creo que a veces aplicar la ley es duro e implica posicionarse. Hay otros grupos más laxos.

“Entrevistador: Si vos sos gorila, ellos ¿cómo se consideran?

“Ah, el famoso garantista. Y yo no estoy de acuerdo con esos rótulos, para nada [...]. El fiscal debe buscar objetivamente la verdad, o lo más cercano a la verdad. Yo muchas veces, si no hay pruebas suficientes pido la libertad. Entonces lo que me da bronca es que te digan esto o aquello y no se fijen cómo actúas” (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de Quilmes).

Considerando las críticas que recibe por su comportamiento, podemos sugerir dos cuestiones sobre las justificaciones que ofrece esta Fiscal. En primer lugar, que se apoya en la objetividad o neutralidad frente a los hechos y frente a la ampliación del derecho. Segundo, que sus justificaciones pueden interpretarse como un medio de defensa o adaptación a los problemas manifiestos o encubiertos que le ha creado el rótulo que le aplicaron (54).

(53) Hemos notado en algunos actores judiciales que podríamos considerar críticos la intención de dejar en claro que son conscientes de la selectividad en la persecución del delito, y la relación de esta última con desigualdades estructurales más amplias. Incluso esta intención puede tener que ver con el afán de diferenciarse de otros actores judiciales menos “conscientes”. Sin embargo, y esto es lo que resulta importante, en ninguna circunstancia eligieron rotularse ellos mismos como “críticos”.

(54) Edwin Lemert definía a la desviación secundaria afirmando que se trataba de la utilización del comportamiento desviado como un medio de defensa, ataque o adaptación a los problemas abiertos y encubiertos que le ha creado a un individuo la reacción social a su comportamiento previo. Si bien no se trata de un caso típico de

En consecuencia, podemos decir que a partir de las situaciones y los casos concretos, las formas de argumentación y justificación sobre la PP durante la IPP pueden tener tres niveles de análisis. El primer nivel, si se realiza en expedientes o en audiencias, dado que cuando el proceso se lleva adelante por medio del expediente, la Defensa recién conoce sobre el pedido de la PP hecho por el Fiscal cuando el JG ya concedió o denegó la medida cautelar. Es por esto que las audiencias facilitan que las justificaciones y operaciones críticas se desplieguen en simultáneo, dada la presencia de los tres actores judiciales implicados.

El segundo nivel de análisis es el que surge cuando se analiza la PP a partir del lugar que ocupan los operadores jurídicos en la división judicial del trabajo. Según los testimonios, las exigencias propias de la función aparecen fuertemente marcadas en el modo en que los actores justifican o critican el uso de la PP. Así las cosas, existirá mayor condicionamiento para que los Fiscales la soliciten, los Defensores la objeten, y los JG la concedan. Sin embargo, y este es el tercer nivel, también aparece como relevante la ideología que tengan —y conserven— estos actores judiciales, incluso antes de trabajar en la justicia penal. Esta ideología sirve para diferenciar tanto el papel que le otorgan al encarcelamiento preventivo como el modo en el que los actores justifican las decisiones que toman teniendo en cuenta las críticas de sus colegas.

Retomando las preguntas iniciales de este apartado podemos concluir, primero, que lo más importante respecto al sentido de la justicia sobre la PP parece estar en la función judicial que tienen dentro de la división del trabajo junto con la ideología, no influyendo el hecho de que la IPP se desarrolle en expedientes o en audiencias. Y es para destacar que la división judicial del trabajo con la ideología pueden asumir diferentes entrecruzamientos dependiendo de las situaciones.

desviación secundaria y asunción de identidad tal como lo planteaba Lemert, hay elementos afines que permiten ver a las explicaciones de algunos actores judiciales como reacciones a la etiqueta que le han impuesto. LEMERT, E., “Desviación primaria y secundaria”, 1973 en AA.VV., Estigmatización y Conducta Desviada, Universidad de Zulia, Maracaibo, ps. 97-104.

Segundo, si bien los actores realizan las operaciones críticas en los expedientes y en las audiencias parece que es en estas últimas donde dichas operaciones, junto a las justificaciones que las acompañan, tienen mayor posibilidad de desplegarse, más allá de que esto no sea necesariamente ventajoso o perjudicial respecto a la utilización de la PP.

En definitiva, logramos comprender que las variables que pueden tener en cuenta los actores judiciales a la hora de realizar sus justificaciones pueden provenir de tres cuestiones distintas: la del instrumento que se utilice, la de la función que se desempeñe, la de la ideología que se detente. Estas tres cuestiones están en condiciones de repercutir, insistimos, a partir de la situación en la que se encuentren los actores judiciales y no como parte de un sistema inscripto de estructuras mentales *estructuradas y estructurantes*.

#### IV. Conclusiones

A lo largo de este artículo definimos a la PP como una práctica judicial que necesita ser estudiada en tanto 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 de la justicia penal y por la percepción de cambios considerados arbitrarios. Esta experimentación de una situación a modo de injusta que podría ser evitada si autoridades institucionales y políticas hicieran otra cosa, genera menos compromisos respecto a 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 extraju-

diciales influyen en la pérdida de autonomía de la justicia penal, 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 restringir 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 frecuentes 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.

Asimismo, pudimos observar que surgen acuerdos activos respecto de la PP por el despliegue de las competencias de los actores judiciales a partir de la injerencia de factores judiciales y extrajudiciales. En otras palabras, si bien factores internos como la carrera judicial y el desencantamiento de los operadores jurídicos con el mundo judicial, y externos como las presiones de los medios de comunicación y las autoridades políticas, tienen relevancia en la utilización de la PP, sin embargo los actores judiciales deben ponerse de acuerdo en concreto para dicha utilización. Esto significa que en el ámbito judicial no existe solo condicionamiento, ilusión, inercia o desencanto, conclusión a la que podríamos haber llegado si solo hubiésemos considerado al encierro preventivo como una práctica judicial compleja. Existen también, lo repetimos, competencias

que se ponen en juego y permiten considerar a la PP como un acuerdo activo en el que los actores judiciales durante la IPP participan, más allá de que lo hagan con diferentes posibilidades de éxito en la disputa.

También pudimos ver que cuando Fiscales y Defensores solicitan al JG que la PP se conceda o se deniegue respectivamente, lo que realizan es un reclamo de justicia por lo que cada uno de ellos considera apropiado. Esto quiere decir que las operaciones críticas van acompañadas de operaciones de justificación, puesto que la justificación es la manera como un actor judicial puede responder o anticipar la crítica de otro. A su vez, lo más importante respecto al sentido de la justicia o de la normalidad sobre la PP parece estar en la función judicial dentro de la división del trabajo junto con la ideología de los actores judiciales.

Sobre las operaciones críticas, los actores las realizan tanto en los expedientes como en las audiencias, si bien parece que en las audiencias estas operaciones tienen mayor posibilidad de ser desplegadas. Del mismo modo, logramos comprender las justificaciones de los actores judiciales señalando que las exigencias pueden proceder de tres cuestiones distintas: del instrumento que se utilice, de la función que se desempeñe, de la ideología que se detente. Estas tres cuestiones están en condiciones de influir en los actores a partir de la situación en la que se encuentren, y no como producto de un sistema inscripto de estructuras mentales incorporadas.

## V. Bibliografía

- ADC, "Prevenir no es curar", Ed. emepe, Buenos Aires, 2012.
- BOLTANSKI, L., "El amor y la justicia como competencias", Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2000.
- BOLTANSKI, L., "Usos débiles y fuertes del *habitus*", 2005 en Encrevé, Pierre —Lagrave, Rose-Marie, "Trabajar con Pierre Bourdieu", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, ps. 167-176.
- BOLTANSKI, L., "De la critique", Ed. Gallimard, París, 2009.
- BOLTANSKI, L., "Sociología y crítica social", Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012.
- BOLTANSKI, L. - THÉVENOT, L., "The Sociology of Critical Capacity", *European Journal of Social Theory*, Londres, 1999.
- BOLTANSKI, L. - CHIAPELLO, È., "El nuevo espíritu del capitalismo", Ed. Akal, Madrid, 2002.
- CARRANZA, E. y otros, "El 'preso sin condena' en América Latina y el Caribe", *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.
- CARRANZA, E. (1999). "Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y su comparación con los países de Europa", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, nro. 16, San José, ps. 81-88.
- CARRANZA, E., "Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria", Ed. Siglo XXI, México, 2001.
- CEJA, "Reformas procesales en América Latina: resultados del proyecto de seguimiento V etapa", disponible en ceja, 2008.
- [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat\\_view/43-documentos/63-experiencias-de-innovacion?start=5](http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/63-experiencias-de-innovacion?start=5).
- CEJA, "Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina", (vol. I), CEJA, Santiago, 2009.
- CEJA, "Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina" (vol. II), ceja, Santiago, 2011.
- CIPPEC, "¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?", *Documento de Trabajo* nro. 74, Buenos Aires, 2011.
- CIOCCHINI, P., "La Gestión Del Tiempo En La Justicia Penal De La Provincia De Buenos Aires", XI Congreso de Sociología Jurídica, UBA, 2010.
- CIOCCHINI, P., "Tiempo de justicia", Tesis Doctoral, Oñate, 2013.
- CORCUFF, P., "Figuras de la individualidad", *Revista Cultura y representaciones sociales*, nro. 4, México, 2008, ps. 9-41.
- CORCUFF, P., "Los procesos de individualización en las ciencias sociales", *Revista Cultura y*

*representaciones sociales*, nro. 8, México, 2010, ps. 7-33.

CHATEAURAYNAUD, F., "La coacción argumentativa. Las formas de coacción en los marcos deliberativos y las potencialidades de expresión política", *GSPR-EHESS, Revista Europea de Ciencias Sociales*, 2005.

DE GIORGI, A., "El gobierno de la excedencia", Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2006.

DEMIROVIC, A., "Crítica y verdad", 2008, recuperado de <http://eipcp.net/transversal/0808/demirovic.es>.

DÍAZ, E., "Sociología jurídica y concepción normativa del derecho", *Revista de Estudios Políticos*, nro. 143, 1965.

DÜNKEL, F. — VAGG, J. (eds.), "Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of Pre-Trial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners Waiting for Trial", Instituto Max Planck, Friburgo, 1994.

EYMARD-DUVERNAY, F., "Economía de las convenciones", Asociación Trabajo y Sociedad, Buenos Aires, 1994.

FEELEY, M. — SIMON, J. "La nueva penología", *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, nros. 6/7, Buenos Aires, 1995.

FOUCAULT, M., "Historia de la sexualidad", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.

GARCÍA INDA, A., "La violencia de las formas jurídicas", Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.

GARLAND, D., "The culture of control", University of Chicago Press, 2001.

GARLAND, D., "La cultura del control", Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.

GIDDENS, A., "La constitución de la sociedad", Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1987.

GÓMEZ URSO, J. — PAOLINI, R., "La oralidad en la investigación penal preparatoria", Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008.

GUERRERO, J. C. — RAMÍREZ, H., "La justicia, la crítica y la justificación. Un análisis desde la

perspectiva de la sociología pragmática", *Revista colombiana de sociología*, Bogotá, 2011.

GUTIÉRREZ, M., "Informe Argentina en Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada", DPLF, Washington, 2013).

HARCOURT, B., "The Illusion of Free Markets", Harvard University Press, 2011.

HARCOURT, B., "Punitive Preventive Justice A Critique", 2012, en ASHWORTH, Andrew - ZEDNER, Lucia (eds.), *Preventive justice*, Oxford University Press.; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper nro. 599; U of Chicago, Public Law Working Paper. nro. 386.

HARCOURT, B., "Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

HAZAN, L., "La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal", Ed. CEJA, Santiago de Chile, 2009.

INECIP-CEJA, "Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata", *Revista Sistemas Judiciales* (CEJA), Buenos Aires, 2006.

INECIP, "El estado de la prisión preventiva en la Argentina", Ed. Servicop, Buenos Aires, 2012.

International Human Rights Program, "Presumed innocent, behind bars", University of Toronto, Toronto, 2011.

KOSTENWEIN, E., "La cuestión cautelar. Estudio socio-jurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2016.

LAHIRE, B., "Socializaciones y disposiciones heterogéneas", Ed. Propuesta Educativa, Buenos Aires, 2004.

LATOURE, B., "Ciencia en acción", Ed. Labor, Barcelona, 1992.

LATOURE, B., "Nunca fuimos modernos", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

LATOURE, B., "Reensamblar lo social", Ed. Manantial, Buenos Aires, 2008.

Latour, B., "The making of Law", Polity Press, Cambridge, 2010.

R. LEVENE (h.), "Manual de Derecho Procesal Penal — Tomo I—", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

LEA, J. — YOUNG, J., "¿Qué hacer con la ley y el orden?", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

LEMERT, E., "Desviación primaria y secundaria", 1973 en AA.VV., *Estigmatización y Conducta Desviada*, Universidad de Zulia, Maracaibo, ps. 97-104.

LEVENE, R. (h.), "Manual de Derecho Procesal Penal — Tomo II—", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993b.

MATZA, D., "Delincuencia y deriva", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

Open Society Justice, "¿Cuánto cuesta la prisión sin condena?", Ed. MLK, Monterrey, 2009.

Open Society Justice, "Los mitos de la prisión preventiva en México", Ed. MLK, Monterrey, 2009b.

Open Society, "Justice Initiatives A publication of the Open Society", *spring*, 2008.

Open Society, "Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention", Open Society Foundations, 2014.

PRATT, J., "Castigo y civilización", Ed. Gedisa, Barcelona, 2006.

— "Lecturas contemporáneas de sociología del castigo. Castigos Ostentosos y Emotivos", *Delito y Sociedad*, nro. 22. Buenos Aires, (2006b).

— "Penal Populism", Ed. Routledge, London, 2007.

RIQUERT, M., "Oralidad y proceso de flagrancia", Disertación brindada en el marco de las "Jor-

nadas Nacionales 10 años de vigencia del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires", 2008.

RODRÍGUEZ, E., "Circuitos carcelarios: el encarcelamiento masivo-selectivo, preventivo y rotativo en la Argentina", *Revista Question*, nro. 36, 2012.

SOZZO, M., "Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina", *Nueva Doctrina Penal*, nro. 2, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, ps. 527-578.

TAPIA, J., "La introducción de audiencias orales en la etapa de investigación", *Pensamiento Penal*, Viedma, 2012.

VAUGHAN, D., "The dark side of organizations", *Annual Review of Sociology*, 1999, ps. 271-305.

VAUGHAN, D., "Criminología y sociología de las organizaciones", *Delito y Sociedad*, nro. 24, 2007, ps. 7-25.

WACQUANT, L., "Las cárceles de la miseria", Ed. Manantial, Buenos Aires, 2004.

WACQUANT, L., "Castigar a los pobres", Ed. Gedisa, Barcelona, 2010.

WUGGENIG, U., "Crítica paradójica", trad. Raúl SÁNCHEZ CEDILLO, 2008. Recuperado de <http://eipcp.net/transversal/0808/wuggenig/es>.

ZAFFARONI, E., "El enemigo en el derecho penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, E., "La cuestión criminal", *Página 12*, Buenos Aires, 2011.

ZAFFARONI, E., "La cuestión criminal", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2012.

ZIMRING, F., "Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on Three Strikes in California", *Pacific Law Journal*, 28, 1996, ps. 243-256. ♦

.....