



Relaciones entre la prisión preventiva y la pena en expectativa.

El sentido de las predicciones y las precisiones

Relations between preventive detention and punishment in expectation.

The meaning of predictions and precisions

Ezequiel Kostenwein*

Resumen:

En el presente trabajo buscaremos aportar elementos desde la sociología de la justicia penal para una mejor comprensión del uso de la prisión preventiva en la Provincia de Buenos Aires, Argentina. En este sentido, propondremos dos grandes ejes: uno ligado a la importancia de las predicciones en la decisión sobre esta medida cautelar, tomando en cuenta de qué forma elaboran los actores judiciales dichas predicciones. El segundo eje estará orientado a explorar cómo, en la práctica, la pena en expectativa, que es uno de los indicadores que pueden presagiar los riesgos procesales de fuga o entorpecimiento en la investigación, se transforma en un componente central en la aplicación de la prisión preventiva.

Abstract:

In the present work we will seek to provide elements from the sociology of criminal justice for a better understanding of the use of pretrial detention in the Province of Buenos Aires, Argentina. In this sense, we will propose two main axes: one linked to the importance of predictions in the decision on this precautionary measure, taking into account how judicial actors elaborate such predictions. The second axis will be oriented to explore how in practice the penalty to be imposed, it becomes a central component in the application of pretrial detention.

Palabras clave:

Prisión preventiva – Predicción – Pena en expectativa

Keywords:

Pretrial detention – Prediction – Penalty to be imposed

Sumario:

1. Introducción: gobernando a través del futuro – 2. Predicción – 3. Ideal rehabilitador y prisión preventiva – 4. Precisión – 5. Dar pena – 6. Conclusión – 7. Bibliografía

* Abogado (UNLP), Magister en Criminología (UNL) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Es Investigador del CONICET, trabaja la prisión preventiva y la justicia penal como problemas públicos en la Provincia de Buenos Aires. Es Coordinador del Área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica (UNLP). Participa de proyectos de investigación acerca de la justicia penal y sus relaciones con actores políticos y medios de comunicación. Ha sido distinguido como Joven Investigador por la UNLP. Es autor de *Por una criminología menor: ensayos, admiraciones y aserciones* (Di Plácido, Buenos Aires, 2014), *La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal* (Ediar, 2016) y compiló *Sociología de la justicia penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo* (Ediar, 2017).

1. Introducción: Gobernando a través del futuro

En la práctica, el encierro preventivo se relaciona con la potestad que tienen los actores judiciales de predecir el comportamiento futuro de las personas procesadas. Se trata de un *poder* para *prever* el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. Estas predicciones, en primer lugar, parecen estar ligadas más a la incapacitación que a la rehabilitación del imputado ya que no se pretende con ellas ninguna respuesta activa, sino asegurar que el proceso se desarrolle con regularidad¹. En segundo lugar, dichas predicciones se suelen respaldar no en elementos fehacientemente probados, sino en especulaciones efectuadas en función de lo que regula el Código Procesal Penal (CPP) de la Provincia de Buenos Aires (PBA) para los casos concretos.

2. Predicción

Con los peligros procesales de fuga y entorpecimiento en la investigación que ya mencionamos; se pretende predecir algo que, de utilizarse la prisión preventiva (PP), nunca ocurriría. En este sentido, lo que el CPP ofrece a los actores judiciales es la posibilidad de anticiparse a los hechos. Tal como lo plantea Bovino², el encierro preventivo se inflige con la intención:

De evitar hechos que podrían suceder en el futuro, esto es, aun no realizados, [por lo que] cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar ese pronóstico.

Más en concreto, si se tuviese que pensar, por ejemplo, en el peligro de fuga, ¿de qué modo podríamos verificarlo debidamente? Dejando de lado extrañezas, como podría ser el caso de un imputado descubierto *in fraganti* comprando un pasaje para emigrar del país sin fecha de retorno -y en la medida que dicho imputado cumpla con las exigencias de presentarse cuando es citado- o presagiar que alguien eludirá sus obligaciones con la justicia parece insostenible fácticamente.

Con el peligro de entorpecimiento en la investigación no sucede algo muy distinto: especular con que alguien destruirá pruebas que lo comprometen o amenazará a testigos para que no lo inculpen sigue siendo un pronóstico que carece de sustento empírico. Y aun en el supuesto de que el imputado tenga antecedentes por haber delinquido en oportunidades anteriores, por haberse fugado o por haber entorpecido una investigación judicial, tampoco estaríamos en condiciones de aseverar que repetirá comportamientos similares en el futuro.

A esto cabe agregar que, según el CPP, el Juez de Garantías (JG) debe identificar la existencia concreta de los peligros procesales a través de pruebas objetivas que surjan de elementos y testimonios incorporados debidamente al proceso. Sin embargo:

Parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, probar la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro (piénsese que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido —el hecho punible objeto del proceso— cuánto más improbable es que “pruebe” —en verdad, se trata de una tarea imposible— que es muy probable que algo suceda en el futuro)³.

Esta dificultad de comprobar la presencia efectiva de los peligros procesales durante la investigación de un ilícito es de mucha relevancia ya que plantea un grave inconveniente para conciliar a la PP con el Principio de Inocencia, puesto que se encarcela a una persona jurídicamente inocente sin tener demostradas las razones que justificarían dicho encierro.

3. Ideal rehabilitador y prisión preventiva

Al interrogante propuesto hasta aquí ligado a ¿por qué las personas jurídicamente inocentes deberían estar encarceladas?, podemos adicionarle otra pregunta como ¿para qué lo están? Así planteado, el tema de la PP puede ser analizado a la luz de una nueva cuestión. Más concretamente y sin olvidar las finalidades procesales antedichas, al examinar cuáles serían los propósitos penológicos⁴ por los que se considera legítimo mantener recluida a una persona jurídicamente inocente, la perplejidad respecto de la PP es aun mayor.

1 Si bien el concepto de incapacitación dentro del campo de la criminología suele vincularse con la intención de asegurar que el detenido no vuelva a cometer delitos, nosotros encontramos afinidad en el hecho de que la PP busca impedir algo —la fuga o el entorpecimiento de la investigación por parte del imputado— por medio de la neutralización del imputado.

2 BOVINO, A. (2005). Contra la inocencia, 22. Disponible en www.derechopenalonline.com.ar

3 BOVINO, A. (2005). Contra la inocencia, 22-23. Disponible en www.derechopenalonline.com.ar

4 La penología es un ámbito de conocimiento orientado al análisis y evaluación sobre la ejecución de la pena, junto a los presupuestos que esa ejecución conlleva. (RIVERA BEIRAS et al, 2008).

En la PBA, la Ley 12.256 es la que reglamenta la ejecución de la pena y lo hace poniendo de relieve su acuerdo con lo que se conoce como ideal rehabilitador⁵, el cual ha gravitado –con matices– en buena parte de la penología occidental desde el surgimiento de la cárcel moderna hasta la actualidad. En esta ley provincial se sostiene que el tratamiento a desarrollarse en la cárcel debe “[...]mantener, fomentar y mejorar” la “educación e instrucción” del condenado y se establece que “la enseñanza será preponderantemente formativa, procurando que el interno comprenda sus deberes y las normas que regulan la convivencia en la sociedad” (arts. 133 y 134). También se señala que el interno está autorizado “a satisfacer las exigencias de su vida religiosa, participando de ceremonias litúrgicas y a tener consigo objetos, libros de piedad, de moral e instrucción de su credo” (art. 154) y se prevé que debe existir en cada establecimiento un “local adecuado” para las prácticas religiosas (art. 155). Para cerrar esta breve descripción, la ley también establece que “las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas” (art. 168)⁶.

Sin embargo, como refleja Sozzo⁷, este ideal rehabilitador –o proyecto normalizador y correccional– poco tiene que ver con la PP. En primer lugar, un imputado que carece de una condena firme no puede ser pasible de ningún tratamiento en concreto porque no hay delito que se le haya comprobado. Por lo tanto, no tiene nada de qué rehabilitarse ya que es inocente para la ley.

En segundo lugar, el ideal rehabilitador se encuentra, dentro de las teorías que justifican a la pena, en una perspectiva que considera al condenado capaz de mejorar si se realizan un diagnóstico y un tratamiento adecuados (prevención especial positiva). Por el contrario, la PP debería ser ubicada dentro de los enfoques que dan preferencia a la incapacitación o neutralización del imputado, puesto que busca impedir a partir de este encierro que entorpezca la investigación o se fugue (prevención especial negativa)⁸.

Vale recordar que la incapacitación como fundamento de la pena pretende la simple limitación o restricción de una persona condenada, con el objetivo fundamental de impedir que cometa nuevos delitos⁹. Esta finalidad de la pena se ha intentado alcanzar a través de predicciones sobre la probabilidad que tiene un condenado de reincidir. En palabras de Bovino¹⁰:

Aquello a quienes se considera más probable que reincidan tienen que ser neutralizados, por ejemplo, mediante una pena de prisión, o por una pena de prisión más larga de la que de todos modos recibirían.

Esto permite observar la afinidad que existe entre la incapacitación para quien está condenado y la PP para quien está procesado. Por un lado, esta última se justifica según un pronóstico predictivo sobre el comportamiento futuro del imputado, el cual se vincula con la existencia de riesgos procesales de fuga o entorpecimiento en la investigación. A su vez, de este imputado no se pretende ninguna respuesta activa –como sucede con el condenado al que se incapacita–, solo garantizar por medio de su encierro que el proceso se desarrolle con normalidad.

4. Precisión

La importancia de los pronósticos sobre el comportamiento futuro de los imputados ha provocado una serie de objeciones. En primer lugar, se argumenta que estas predicciones para el caso de la PP no son un

5 Cfr. GARLAND, D. (2005). La cultura del control, Gedisa, Barcelona y GARLAND, D. (2006). Castigo y sociedad moderna, Siglo XXI, México.

6 Hay que tener presente que el ideal rehabilitador, en la práctica, se ha mostrado permanentemente frustrado. Tal como lo expuso FOUCAULT, “[...] desde hace siglo y medio, se ha presentado siempre la prisión como su propio remedio; la reactivación de las técnicas penitenciarias como la única manera de reparar su perpetuo fracaso; la realización del proyecto correctivo como el único método para superar la imposibilidad de hacerlo pasar a los hechos” (1989, 273-4). Según BARATTA, “[...] esto significa que la pena como instrumento principal de este sistema, falla en lo que respecta a la función de prevención de la criminalidad. Este estado de crisis se registra en todos los frentes: sea el de la prevención negativa general, es decir de la intimidación de los potenciales delincuentes, sea el de la prevención positiva especial, es decir, de la reinserción social de los actuales infractores de la ley penal. Estos fines preventivos son, a la luz de los hechos simplemente inalcanzables. Por otra parte, otras funciones de prevención que parecen ser efectivamente realizables para el sistema penal, como la prevención negativa especial, es decir, la neutralización o la intimidación específica del criminal y la prevención general positiva, es decir, la afirmación simbólica de la validez de las normas que favorecen el proceso de integración social, son en realidad inadecuadas respecto de los criterios de valor que preceden a nuestras constituciones, a saber las constituciones del estado social y democrático de derecho” (2004b: 152-167).

7 Sozzo, M. (2007). “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión depósito’ en Argentina”, *Nueva Doctrina Penal*, n° 2, Del Puerto, Bs. As., 564.

8 Es importante señalar que la incapacitación en tanto “prevención especial negativa” tiene como objetivo que la persona encarcelada no pueda volver a cometer delitos. La justificación legal de la PP no es esta última, sino conjurar riesgos procesales. Si bien no son las mismas finalidades, la analogía que nosotros advertimos tiene que ver con la necesidad de neutralizar al individuo en ambos casos para alcanzar sus finalidades respectivas.

9 Cfr. VON HIRSCH, A. (1992). “Incapacitation”, en AA.VV. *Principled Sentencing*, Northeastern University Press, Boston.

10 BOVINO, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Del Puerto, Bs. As, 52.

elemento complementario, sino el núcleo que respalda la decisión¹¹. Por ejemplo, supongamos que dos personas son imputadas por el mismo tipo penal: robo agravado en grado de tentativa y portación de arma de guerra¹², y de una de ellas, se predice que puede huir u obstaculizar el desarrollo del proceso y de la otra no. Los imputados en este supuesto tendrán destinos dispares debido a que la probabilidad de fugarse o entorpecer el proceso pondrá a uno en la cárcel y al otro no. En definitiva, existe la posibilidad de resolver en forma diferente sobre la libertad de dos personas por la predicción que en la práctica llevan adelante diferentes actores judiciales respecto de hechos que no sucedieron efectivamente.

En segundo lugar, se presenta lo que los especialistas en la materia han llamado el problema de la precisión en los pronósticos¹³. Las investigaciones efectuadas en distintos contextos sobre predicciones de comportamientos para graduar futuras condenas¹⁴ han generado dos críticas significativas: la de los *falsos negativos* y la de los *falsos positivos*. Lo que se pone en el centro de la discusión es el grado de fidelidad que poseen estas predicciones sobre los individuos a los que se las realiza.

- En los *falsos negativos* se ha presagiado que determinadas personas no volverían a delinquir, y en efecto, lo hicieron. La predicción es negativa, dice Mathiesen¹⁵, “en el sentido de que se declara que el delincuente *no* reincidirá, pero la predicción es falsa porque se produce la reincidencia”.
- La segunda crítica surge con los denominados *falsos positivos* en los que individuos a los que se hubiese encerrado por un largo período de tiempo, por sus altas posibilidades de delinquir nuevamente, no lo vuelven a hacer. La predicción es positiva, debido a que sostiene que el individuo reincidirá, pero falsa porque de hecho la reincidencia no acontece¹⁶.

Ambas críticas sobre la precisión de los pronósticos respecto de la pena son aplicables respecto a la *precisión de los pronósticos* que se utilizan para solicitar, conceder o denegar la PP. En una investigación empírica sobre 100.000 acusados realizada en EE.UU., se afirma que los predictores utilizados habitualmente por los jueces son mucho menos confiables de lo que se cree, pudiendo estar en libertad más del 25% de las personas que permanecen encerradas preventivamente¹⁷.

Respecto a los pronósticos y precisiones sobre la PP en la PBA, el problema es mayor del que acabamos de describir. Aquello en lo que jurídicamente se sustenta esta medida cautelar es en la peligrosidad procesal, en la probabilidad de que el imputado huya u obstaculice la investigación. Pero a diferencia de lo que se mencionó para el caso de la graduación de la pena, el hecho de predecir el comportamiento de quien está imputado de un delito no surge de análisis probabilísticos ni de la distribución estadística, sino de la meritación que permite hacer el CPP como resultado de una operación formal combinada con saberes judiciales prácticos¹⁸.

Al entrevistar a los operadores jurídicos¹⁹ y consultarles basándose en qué se pronostican los peligros procesales y a su vez, si tienen conocimiento acerca de investigaciones empíricas sobre fugas o entorpecimientos de personas imputadas que permanecían libres, expresaron lo siguiente:

11 Cfr. INECIP. (2012). El estado de la prisión preventiva en la Argentina, Servicop, Bs. As.

12 Hecho tipificado en el CP, arts. 166 inc. 2, segundo párr., 42, 55 y 189 bis.

13 Cfr. MORRIS, N. (1992) *Incapacitation within Limits*, en *Principled Sentencing*, Northeastern University Press, Boston.

14 Se trata de indicadores que sirven para predecir el comportamiento del infractor y de esa manera agravar o atenuar el tiempo en la condena. Estos indicadores suelen tener en cuenta condenas previas por un delito del mismo tipo, últimos años pasados en la cárcel, condena antes de los dieciséis años, presencia en una prisión juvenil estatal, consumo de drogas duras en los dos últimos años, consumo de drogas duras juvenil, y desempleo durante más de la mitad de los últimos dos años.

15 MATHIESEN, T. (2003). Juicio a la prisión, Ediar, Bs. As, 147.

16 Complementando la cuestión de la precisión con la de los principios, MATHIESEN afirma: “El problema es el siguiente: ¿con qué base, en términos de principios, se condena a cárcel por actos que, de otra manera, sin la condena, pueden suceder o sucederán en el futuro? La prevención de actos futuros aquí no es un objetivo formulado más o menos vagamente, sino el fundamento o la razón explícita para la condena particular ¿Sobre qué base se sustenta una condena por actos futuros?” (2003: 148). Es difícil responder a eso, pero evidentemente la base o el sustento no se encuentra en los principios de legalidad e inocencia que poseen una gran importancia en el ámbito penal y procesal penal.

17 Cfr. BARADARAN, S. Y MCINTYRE, F. (2012) *Predicting Violence*, Texas Law Review.

18 FEELEY (2008), al hablar de los orígenes de la justicia actuarial, menciona cómo empezó a cobrar importancia el hecho de poder predecir quienes se iban a presentar y quienes no en las disputas tribunales en EEUU, lo que según este autor se encontraba en la antesala de pretender predecir la peligrosidad de los imputados. Pero estos pronósticos que menciona FEELEY, aun con sus imprecisiones, se basaban en un “modelo de predicción por los lazos comunitarios”: cuanto más fuertes eran esos lazos, menos probabilidades de que el imputado sea considerado un potencial evasor. En síntesis, la predicción aquí se realizaba en base al conocimiento que se tiene de las personas concretamente y no de operaciones formales como en el caso del CPP de la PBA. En América Latina existen algunas propuestas similares sobre evaluación de riesgos y supervisión de imputados en libertad (CARRASCO SOLÍS, 2009; VILLADIEGO BURBANO, 2010).

19 Los actores judiciales entrevistados pertenecen a tres Departamentos Judiciales de la PBA en Argentina: La Plata, Quilmes y Mar del Plata.

No está sustentado en estadísticas, es un presupuesto antropológico, o lógico, del CPP, no hay verificación estadística. Es una premisa objetiva a partir del delito cometido [...] por la imputación de un delito, lo cual puede cambiar luego. No deja de tener viso de razonabilidad, pero debe ser solo un elemento, y no el único. La pena en expectativa tiene tanta relevancia si vos solo te atenés al Art. 169, en una mirada literal u objetiva de la norma [...], pero se trata de un supuesto más, no es decisivo -de mayor o menor relevancia- de acuerdo al caso y al imputado, no es el único elemento (Juez de Garantías, Departamento Judicial de La Plata).

Se toma como referencia el Art. 169. En función del 148 inc. 2. Es puramente normativo. La referencia es cuál va a ser el resultado del proceso [...] (Fiscal de Instrucción, Departamento Judicial de Quilmes).

[...] la prisión preventiva es solicitada en función de criterios sustancialistas, como la peligrosidad del imputado o la pena en expectativa. O la dogmática invocación del peligro procesal, sin acreditación de su existencia (Juez de Garantías, Departamento Judicial de Mar del Plata).

Debería pedirse [la PP] por los peligros procesales, y en la realidad nadie controla que haya algún peligro, y se lo hace por algún componente clasista y racista, o los pánicos mediáticos. En los hechos, la prisión preventiva es una pena adelantada, porque se basa en la pena en expectativa (Defensor Oficial, Departamento Judicial de Mar del Plata).

Estos testimonios ofrecen la posibilidad de conocer dos elementos importantes. El primero, que los pronósticos según los cuales los actores judiciales solicitan y conceden la medida cautelar son el resultado de especulaciones que se apoyan en normas procesales y no en predicciones demostrables. Esto no quiere decir que a la hora de tomar una decisión sobre la PP estén ausentes por completo saberes prácticos configurados en el ámbito judicial. De hecho, la presencia en los relatos de la pena en expectativa (PEE) del delito junto con la clase social o la peligrosidad del imputado, permite observar cómo esos principios formales del CPP entran en relación con aprendizajes locales que los actores judiciales han ido alcanzando.

El segundo elemento se relaciona con que los argumentos de estos actores a la hora de sustentar sus definiciones sobre el uso cotidiano del encierro preventivo ofrecen una potencialidad crítica. Por lo general, los informes y documentos sobre el tema²⁰ muestran a operadores jurídicos principalmente reproductores del orden existente en la justicia penal, impulsados a solicitar la PP por “fuerzas judiciales inconscientes”. A diferencia de estas investigaciones sobre la PP, aquí se encontraron operadores jurídicos que, tal como lo señala Boltanski²¹, “tienen acceso, aunque en grados desiguales, a recursos críticos, y los utilizan de un modo casi permanente en el curso ordinario de su [trabajo...]”. Con esto queremos sugerir que los actores judiciales, en no pocos casos, llevan adelante operaciones críticas por medios de las cuales sostienen posturas disonantes con su propio entorno.

5. El peso de la pena en expectativa

El siguiente paso para seguir analizando la PP es profundizar sobre algo que resulta sugestivo, y es el hecho de que el encierro preventivo es pasible de justificarse a partir de cualquier registro temporal. Se entiende que en los casos de una PEE *futura* muy alta, la sentencia, de ser condenatoria, deberá cumplirse efectivamente, razón suficiente para concluir que el imputado intentará evadirse. También el *pasado* puede tener peso en estos argumentos, ya que el haber cometido un delito anterior al hecho que dio lugar al proceso actual -esto es, de ser reincidente-, puede ser igualmente considerado un factor significativo para que a una persona se le otorgue la PP. Por último, el *presente* suele mostrar importancia, ya que no poseer trabajo o casa, que es lo que configura la falta de arraigo según el CPP, contribuirían a que se presuma que un imputado no podrá ser localizado cuando la justicia lo requiera. En definitiva, no hay tiempo ajeno a la PP, ya que el comportamiento del procesado puede presagiarse por *el futuro* a partir de la PEE, por *el pasado* a partir de la reincidencia, y por *el presente* a partir de la falta de arraigo.

Concentrándonos en la PEE, vale recordar que según el CPP se trata de “la pena que se espera como resultado del procedimiento”, la cual puede considerarse como un indicador del peligro de fuga²². Sin embargo, en la práctica la PEE es esgrimida para habilitar el uso de la medida cautelar cuando la sentencia a dictarse, en caso de ser condenatoria, tuviese que cumplirse efectivamente.

En Argentina, las condenas son de efectivo cumplimiento en los casos en que una pena supere los tres años de prisión o cuando las personas sancionadas posean antecedentes penales. Esto último suele transformarse en razón suficiente para concluir que el imputado intentará evadirse. De allí que la PEE, en

20 Cfr. ADC. (2012). Prevenir no es curar, EMEPE, Bs. As. y INECIP. (2012). El estado de la prisión preventiva en la Argentina, Servicop, Bs. As.

21 BOLTANSKI, L. (2000). *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 53.

22 El artículo 148 del CPP de la PBA afirma que “... para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: [...] 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento [...]”. La PEE es uno de los indicadores que pueden utilizarse para pronosticar el peligro de fuga que vuelva justificable la aplicación de la PP.

su empleo habitual, aglutine tanto la gravedad del delito –de la cual emana la posible pena de efectivo cumplimiento– como la situación 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–.

Se suele mencionar que la expectativa de pena de cumplimiento efectivo funciona como condición necesaria y aceptable para solicitar y conceder la PP²³. De este modo, parece afianzarse en los hechos, una postura *sustancialista*, según la cual el encierro preventivo es utilizado como un anticipo del castigo futuro que sobrevendrá en caso de una sentencia condenatoria. Complementando esto, observamos que la PEE aparece no solo en las teorizaciones de los dogmáticos del derecho y en los documentos de las ONGs, sino también en la práctica concreta. Hemos comprobado en trabajos previos²⁴ que al justificar la necesidad de la medida cautelar en los expedientes y las audiencias, los actores judiciales lo hacen en función de la pena que le cabría al imputado por el delito que se investiga. Aquí algunos ejemplos que podemos presentar a título ilustrativo:

- “Se trata de un delito de índole no excarcelable, teniendo en cuenta la pena en expectativa” (*ARGUMENTO DE LA FISCALÍA en expediente*),
- “Siendo que la pena en expectativa que se espera en caso de que sean condenados sería de cumplimiento efectivo, esto me hace presuponer los peligros de fuga que prevé el Art. 148 del CPP” (*ARGUMENTO DE LA FISCALÍA en audiencia*),
- “[...] ello dado la pena en expectativa prevista para el delito endilgado, y la posible fuga, circunstancia que torna viable la medida de coerción peticionada” (*ARGUMENTO DEL JG en expediente*),
- “[...] ello teniendo en cuenta la pena en expectativa que se espera como resultado del proceso, como así también la circunstancia de registrar una condena anterior, datos objetivos previstos en el art. 148 del CPP para merituar el peligro de fuga y que permite sostener la procedencia del encarcelamiento preventivo” (*ARGUMENTO DEL JG en expediente*).

A partir de lo dicho, la cuestión que nos interesa profundizar es la siguiente: ¿cómo la PEE llega a tener ese lugar preponderante en el acuerdo activo que desemboca en el uso de la PP?²⁵ En primer lugar, es importante dejar en claro que en su trabajo cotidiano los actores judiciales no precisan preguntarse por el principio de equivalencia²⁶ que valida el argumento de la PEE con el que justifican el uso de la PP. Si bien el empleo de esta medida cautelar debe entenderse como una situación que requiere determinada justificación que se base en algún principio de equivalencia, en el despliegue habitual de sus competencias los actores no se remontan hasta los fundamentos en los que se respalda la PEE como indicador del peligro de fuga²⁷. De hecho, tanto los actores judiciales objetores de la PEE como aquellos que no lo son, señalan a este indicador como un elemento habitual en la institución judicial.

Como resultado de lo anterior, la PEE no es solo un elemento para justificar o criticar la justicia o injusticia por el uso de la PP, sino que además es el elemento que aparece con más frecuencia en las retóricas y las prácticas vinculadas a la PP. Lo que estamos sugiriendo es que la PEE resulta un elemento importante alrededor del cual los actores estabilizan la PP, la vuelven una rutina²⁸.

En términos generales, los Defensores son aquellos que evidencian las mayores impugnaciones, así como las más sonadas resignaciones sobre la circulación de la PEE. Reconocen que es un tipo de justificación plenamente admitida cuya desactivación los excede, a raíz de que la habitualidad de este indicador proviene de la negligencia de los Fiscales y JG para dar otro tipo de respuesta al problema. Así lo expresan:

El criterio que utilizan los Fiscales y los Jueces de Garantía acá en La Plata te diría que es casi exclusivamente la pena en expectativa. Es decir, en el caso de una pena en expectativa que en el caso hipotético de que fuera condenado la pena resultara de efectivo cumplimiento, siempre se pide la PP, y en general siempre la conceden. Esto quiere decir que para los delitos que no admiten la condena condicional como para los delitos que sí la admiten pero que por tener antecedentes no sería posible la condena condicional, los Fiscales la piden y los Jueces de Garantía suelen hacer lugar a esos pedidos.

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

24 Cfr. KOSTENWEIN, E. (2016). La cuestión cautelar, EDIAR, Bs. As.

25 BECKER, H. (2009). Outsiders, Siglo XXI, Bs. As, 85.

26 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 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”, *El amor*, 72.

27 BOLTANSKI, L. (2000). *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As, 60.

28 LATOUR, B. (2008). Reensamblar lo social, Manantial, Bs. As, 348.

ENTREVISTADOR: ¿Qué análisis haces de eso?

Que es una desvirtuación de la función de la prisión preventiva con las que tenemos que luchar desde la Defensa con las armas que tenemos. Uno a veces hace una evaluación pero conoce el criterio del Jueces de Garantía y sabe que no va a tener éxito, le busca otra vuelta. Por ejemplo, en casos de pena de efectivo cumplimiento trabajamos más con el arresto domiciliario que con la excarcelación, porque conocemos los criterios de los Jueces de Garantía y sabemos que en definitiva nosotros tenemos que hacer lo más favorable para nuestros defendidos y no perder el tiempo objetando una prisión preventiva que sabemos va a ser concedida (Defensor Oficial del Departamento Judicial de La Plata).

Lo que más me preocupa, aunque sea una pelea quijotesca, es la justificación de la prisión preventiva con criterios sustantivos. Es decir, con argumentos que serían propios de una sentencia de condena: gravedad del hecho, resultado del hecho, extensión del daño causado. Estas son consideraciones que aunque estén en la ley para que se tengan en cuenta respecto de la prisión preventiva, en rigor son propios de una sentencia de condena que lógicamente no está dictada cuando se resuelve la prisión preventiva. Pocas veces se encuentra un peligro procesal real demostrado. Para esto está el otro cliché, que es que como la pena en expectativa permite suponer que la condena será de efectivo cumplimiento, ergo, hay una presunción iure et de iure²⁹ de que el imputado se va a escapar, y que el único modo de neutralizar ese riesgo de escaparse, que en realidad es un argumento circular, es con la prisión preventiva. Y digo circular porque es carente de pruebas concretas, solo discursivo. Y se rechaza cualquier alternativa que pidas a la prisión preventiva. La práctica te indica que cuando el imputado tiene antecedentes o cuando está acusado de un delito con una pena grave, no hay manera de evadir la prisión preventiva (Defensor Oficial del Departamento Judicial de Quilmes).

La “pelea quijotesca” que los Defensores pretenden librar contra la PEE es producto más de sus esperanzas que de las experiencias que han acumulado, puesto que generalmente ocurre que la PP se concede automáticamente frente a una eventual pena de efectivo cumplimiento. Lo que dichos actores parecen denunciar aquí es la predicción que la PEE implica sobre el futuro, o más específicamente, el “miedo al futuro” que los Fiscales y JG evidencian al utilizar la PP. Miedo que intentan combatir con una serie de prácticas, tanto jurídicas como judiciales, dirigidas a disminuir la probabilidad de que ciertos eventos dañosos sucedan³⁰. Según los Defensores, si se trata de la liberación de un imputado detenido, cualquier nivel de riesgo es inaceptable para Fiscales y JG. Los cálculos parecen claros: el valor de la libertad del preso es inexistente si de su excarcelación puede derivar o una probabilidad para el público de un peligro evitable o que el funcionario responsable del caso corra con algún riesgo en su reputación profesional³¹.

Los JG difieren de los Defensores ya que vinculan la PEE con un pronóstico que consideran obligatorio hacer, y a partir del cual resuelven la pertinencia de la PP. Los JG entienden que sus decisiones son el resultado de una técnica objetiva y transparente, decisiones que no son tomadas “en el aire”, ya que deben estar sustentadas en las particularidades del hecho como la gravedad del delito, los antecedentes del imputado, etc. Según sus planteos:

Algo que suele estar para solicitar la PP es la entidad de la sanción, y en muy pocos casos, el entorpecimiento probatorio [...]. En realidad, uno fundamenta esto en una predicción. Es lo que se nos exige, hacer pronósticos. Por supuesto que tienen que estar basados en datos que tengan algún tipo de objetividad. Hay características del hecho, la actitud asumida antes o después del delito.

ENTREVISTADOR: ¿Y la pena en expectativa?

Sí, bueno, pero hay que ver porque quizá el delito es excarcelable pero el imputado tiene una condena anterior, y entonces más que la pena en expectativa, es el hecho de que la pena sería de efectivo cumplimiento (JG del Departamento Judicial de Mar del Plata).

ENTREVISTADOR: ¿Qué tenés en cuenta para conceder la PP?

No es lo único, pero sí es importante la existencia de peligros procesales. Por ejemplo, si tuvo procesos anteriores donde dio nombres falsos. Si violó las condiciones en excarcelaciones anteriores. Si realizó conductas tendientes a molestar testigos. Esto es lo más importante. Tampoco podés olvidar los criterios objetivos como la magnitud de penas en expectativa: esto procesalmente tiene mucha importancia, porque está expresamente en el CPP” (JG del Departamento Judicial de Quilmes).

Los JG siempre mencionan los requisitos del CPP, dejando en claro que hacen lo que deben hacer según la regulación legal sobre la PP. Y lo que deben hacer es pronosticar. Más allá de que los pronósticos no son

29 Las presunciones *iure et de iure* son las presunciones que no admiten prueba de que son falsas.

30 PITCH, T. (2009). La sociedad de la prevención, Ad-Hoc, Bs. As, 39 y 55.

31 GARLAND, D. (2005). *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 311.

competencia exclusiva de los JG, se trata de los pronósticos más decisivos a la hora de definir la aceptación o denegación de la PP para el imputado. Sin embargo, la predicción respecto de la PEE como indicador de riesgos procesales está muy lejos de perseguir los objetivos que les atribuye la literatura especializada a otros criterios predictivos como por ejemplo los criterios actuariales³². Según Harcourt³³, lo que está en el corazón de la racionalidad predictiva sobre el control del delito es el deseo de conocer al criminal, de predecir la criminalidad. Por el contrario, con la PEE lo que se hace es renunciar a conocer al imputado, o porque ya se lo conoce demasiado –en los casos de tener antecedentes– o porque no es primordial conocerlo –ya que la gravedad del delito que cometió es suficiente para saber la pena que eventualmente le correspondería–.

Por su parte, los Fiscales son los que rescatan el carácter utilitario de la PEE, alegando que de no aplicarse la PP en los casos en que se aplica podría dificultarse el desarrollo del proceso frente a la elusión de los imputados. Ponen en primer lugar la necesidad de que la investigación se lleve adelante para arribar a la sentencia que el hecho amerite. Así lo sostienen:

La pena en expectativa y el uso. Es un argumento tramposo pero se necesita para trabajar cotidianamente (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de La Plata).

En la realidad 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).

La pena que sea superior a tres años, siempre va a ser de cumplimiento efectivo sí o sí. Y ¿cómo haces para que un tipo excarcelado venga después solito a cumplir la pena?, porque a nadie le gusta que lo condenen, sobre todo si sabes que no vas a salir por los próximos años y medio.

ENTREVISTADOR: Y eso incrementaría el peligro de fuga [...]

Eso incrementaría el peligro de fuga. Por eso muchas veces se utiliza esa prisión preventiva como un adelanto de la pena futura a cumplir que sabes que le vas a imponer (Fiscal de Instrucción del Departamento Judicial de Quilmes).

Sobre los testimonios que acabamos de exponer resulta relevante subrayar que, si bien implícitamente, aparecen presupuestos célebres que suelen utilizarse para los análisis del riesgo dentro de la justicia penal. Estos presupuestos son los de la responsabilidad individual y la elección racional, que en el caso de la PEE se aplican al presunto delincuente. Se trata de postulados que definen al delincuente como una persona que maximiza el proceso de toma de decisión y calcula cuidadosamente las ventajas y desventajas asociadas a sus actividades. La prevención, por lo tanto, está destinada a alterar ese proceso para aumentar el riesgo o el esfuerzo implicados por la comisión de un delito y disminuir cualquier recompensa asociada con este³⁴. Lo dicho significa que existe alguna relación entre el razonamiento que acabamos de presentar y lo que los operadores jurídicos valoran de la PEE en tanto indicador para la imposición de la PP. Si bien no identifican explícitamente al imputado con un individuo “abiográfico” o con el “homo economicus” de la economía política clásica, por otro lado no hay demasiada preocupación por saber cuáles son las características individuales de cada uno de ellos. Volvemos a encontrar indiferencia por “el problema del individuo” cuyo delito se está investigando en detrimento del interés por conocerlo como sugiere la hipótesis de Harcourt³⁵.

Luego de analizar la PEE vemos que hay otras cuestiones que se pueden señalar acerca del indicador más empleado para la utilización de la PP. Los documentos e informes en general afirman que:

El principal criterio práctico para dictar la prisión preventiva es la pena en expectativa. Esto quiere decir que la medida cautelar será utilizada cuando la pena asignada para el delito que se le imputa a un procesado no parezca permitir su ejecución en suspenso. Este criterio, arraigado de forma estable en la práctica judicial de todos los circuitos judiciales del país, se encuentra avalado explícita o indirectamente en artículos precisos de los ordenamientos procesales que contradicen a los principios generales de los mismos cuerpos normativos y a los principios constitucionales y convencionales. El juego de interpretaciones que se abre en la contradicción normativa permite justificar de formas complejas y confusas la aplicación de la coerción personal en atención a la pena en expectativa³⁶.

32 Cfr. O'MALLEY, P. (2010). *Crime and risk*, Sage, London.

33 HARCOURT, B. (2013). Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica, Ad-Hoc, Bs. As.

34 Cfr. CRAWFORD, A. (1998). *Crime Prevention and Community Safety: Politics, Policies and Practices*, Longman, Harlow.

35 Cfr. HARCOURT, B. (2013). Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica, Ad-Hoc, Bs. As.; O'MALLEY, P. (1999). Volatile and contradictory punishment in Theoretical Criminology, Sage, London y O'MALLEY, P. (2006). Riesgo, neoliberalismo y justicia penal, Ad-Hoc, Bs. As.

36 GUTIÉRREZ, M. (2013). *Informe Argentina en Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*, DPLF, Washington, 57.

Sin embargo, estas aseveraciones no permiten responder el interrogante que planteamos al inicio de este apartado, sobre cómo la PEE tiene un lugar preponderante en el acuerdo activo que desemboca en el uso de la PP. Está claro que no buscamos una respuesta exacta sobre las razones por las que la PEE llega a tener dicho lugar. No obstante, podemos indicar que lo hace mediante diferentes presupuestos que los actores judiciales ponen en juego para justificar la necesidad o arbitrariedad de la PP. En concreto, a través de los múltiples sentidos que dichos actores le atribuyen a la PEE en función de la PP, que como vimos son los de conjurar problemas futuros que podría generar un imputado del que se presupone que frente al costo eventual de una condena efectiva buscará fugarse y eludir la justicia, imputado sobre el cual no hay una preocupación específica por conocerlo individualmente.

6. Conclusión

A partir de lo señalado en este trabajo, podemos sugerir que en la práctica la PP está modelada por la posibilidad que tienen los actores judiciales de pronosticar el comportamiento de los imputados. Este *poder* para *prever* los riesgos procesales se sustenta, no tanto en datos empíricos o en estudios probabilísticos, sino en razonamientos efectuados según aprendizajes locales sobre cómo deben interpretarse los riesgos procesales mencionados. Dichos razonamientos parecen priorizar indicadores como la PEE, la clase social o la peligrosidad del imputado y no los Principios constitucionales de Inocencia o Legalidad. A su vez, algunos operadores jurídicos expresan, además, una mirada crítica en la que describen las causas y las consecuencias de esa forma de razonar.

Acerca de la PEE afirmamos que se trata del indicador más relevante para la utilización de la PP. Sobre cómo la PEE tiene un lugar preponderante en el acuerdo activo que desemboca en el uso de la PP pudimos mostrar que lo posee mediante diferentes presupuestos que los actores judiciales esgrimen para justificar la necesidad o arbitrariedad de la medida cautelar. Con estos presupuestos, los actores buscan conjurar problemas futuros que podría generar un imputado, presumiendo que frente al costo de una condena efectiva quien esta procesado buscará fugarse y eludir la justicia.

7. Bibliografía

- ADC. (2012). *Prevenir no es curar*, EMEPE, Bs. As.
- BARADARAN, S. Y MCINTYRE, F. (2012) *Predicting Violence*, Texas Law Review.
- BARATTA, A. (2004). *Criminología y sistema penal*, B de F, Bs. As.
- BECKER, H. (2009). *Outsiders*, Siglo XXI, Bs. As.
- BOLTANSKI, L. (2000). *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As.
- BOLTANSKI, L. (2009). *De la critique*, Gallimard, París
- BOLTANSKI, L. y THEVENOT, L. (1999). *The Sociology of Critical Capacity*, European Journal of Social Theory, London.
- BOVINO, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Del Puerto, Bs. As.
- BOVINO, A. (2005). *Contra la inocencia*, disponible en www.derechopenalonline.com.ar
- CARRASCO SOLIS, J. (2009). *Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares*, CEJA, Santiago de Chile.
- CRAWFORD, A. (1998). *Crime Prevention and Community Safety: Politics, Policies and Practices*, Longman, Harlow.
- FEELEY, M. (2008). Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial, *Delito y Sociedad*, n° 26, pp. 19-36.
- FOUCAULT, M. (1989). *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Bs. As.
- GARLAND, D. (2005). *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- GARLAND, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México.
- GUTIÉRREZ, M. (2013). *Informe Argentina en Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*, DPLF, Washington.
- HARCOURT, B. (2013). *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*, Ad-Hoc, Bs. As.

- INECIP. (2012). *El estado de la prisión preventiva en la Argentina*, Servicop, Bs. As.
- KOSTENWEIN, E. (2016). LA CUESTIÓN CAUTELAR, EDIAR, Bs. As.
- LATOUR, B. (2008). *Reensamblar lo social*, Manantial, Bs. As.
- LATOUR, B. (2010). *The making of Law*, Polity Press, Cambridge.
- MATHIESEN, T. (2003). *Juicio a la prisión*, Ediar, Bs. As.
- MORRIS, N. (1992) *Incapacitation within Limits*, en *Principled Sentencing*, Northeastern University Press, Boston.
- O'MALLEY, P. (1999). *Volatile and contradictory punishment* en *Theoretical Criminology*, Sage, London, pp. 175-196.
- O'MALLEY, P. (2006). *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Bs. As.
- O'MALLEY, P. (2010). *Crime and risk*, Sage, London.
- PITCH, T. (2009). *La sociedad de la prevención*, Ad-Hoc, Bs. As.
- RIVERA BEIRAS, I. (2008). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Del Puerto, Bs. As.
- SOZZO, M. (2007). "Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina", *Nueva Doctrina Penal*, n° 2, Del Puerto, Bs. As., pp. 527-578.
- VILLADIEGO BURBANO, C. (2010). *Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina*, CEJA, disponible en <http://www.cejamericas.org>
- VON HIRSCH, A. (1992). "Incapacitation", en AA.VV. *Principled Sentencing*, Northeastern University Press, Boston.