

Redactando riesgos. El uso de la prisión preventiva en los expedientes dentro de la provincia de Buenos Aires*

Redacting risks: the use of preventive detention in the records of the province of Buenos Aires

Redigindo riscos. O uso da prisão preventiva nos processos dentro do estado de Buenos Aires

Ezequiel Kostenwein**

Conicet, Instituto de Cultura Jurídica, Universidad Nacional de La Plata,
La Plata, Argentina

Cómo citar este artículo: Kostenwein, E. (2014). Redactando riesgos. El uso de la prisión preventiva en los expedientes dentro de la provincia de Buenos Aires. *Revista Colombiana de Sociología*, 37(2), 161-187.

Este trabajo se encuentra bajo la licencia Creative Commons Attribution 3.0.

Artículo de investigación.

Recibido: 12 de mayo del 2014.

Aprobado: 19 de enero del 2015.

- * Este artículo es un avance de mi tesis doctoral “La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires (1998-2014)”.
- ** Abogado Universidad Nacional de la Plata (UNLP), Magister en Criminología (UNLP) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Becario Posdoctoral de 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 representaciones sociales sobre seguridad, acceso a la justicia y marginación judicial.
Correo electrónico: dosmilmesetas@yahoo.com.ar

Resumen

En este artículo se presenta una introducción a las características del objeto expediente, para indicar la relación entre dicho instrumento y la prisión preventiva (en adelante, PP) en la provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA). Luego, aparece una serie de informes en los que se ha trabajado, con métodos diferentes, el uso del encierro preventivo a partir del expediente. Tomando dicho instrumento como fuente primaria, se analizan los argumentos que se consignan para justificar la medida cautelar, mediante cuatro gramáticas argumentativas: la primera es un modelo de argumentación *con base en la ley*, dentro de la cual la PP se solicita y concede respecto a uno —o dos— de los riesgos procesales que exige el *Código Procesal Penal*. La segunda se realiza con base en *un acuerdo tácito*, ya que la medida cautelar se pide y se otorga, si bien no se menciona en las justificaciones el peligro de fuga ni el entorpecimiento en la investigación. La tercera se compone de *acuerdos en disidencia*, a raíz de que los argumentos entre los fiscales y los jueces de garantías no concuerdan, pero la PP es igualmente aplicada. Por último, los argumentos planteados a partir del concepto de *la confianza perdida* describen una serie de casos que se distinguen de los presentados en los apartados anteriores, dado que se trata de negativas de los jueces ante los pedidos de PP por parte de la fiscalía. Las tres primeras gramáticas pueden concretarse siempre que las presentaciones de los fiscales hayan satisfecho ciertos requisitos para considerarlas viables. Según los expedientes consultados, estas condiciones son dos: la primera, que el fiscal demuestre la existencia del delito, y, la segunda, que el imputado haya participado probablemente en este. Una vez verificadas las condiciones, es posible que surja un acuerdo activo sobre la necesidad de hacer uso de la PP; de lo contrario, surgen *argumentos con base en la confianza perdida*. En síntesis, se pretende explorar el encierro preventivo como una competencia que desarrollan los operadores jurídicos, al producir justificaciones y argumentos, escepticismos y acuerdos activos.

Palabras clave: argumentación, crítica, expedientes, justificación, modelos, prisión preventiva.

Abstract

In this article, an introduction to the characteristics of the object of this report is presented. This report aims to indicate the relation between a series of reports and preventive detention (below, PD) in the province of Buenos Aires (below, PBA). There is a series of reports that use different methods to describe the use of preventive detention. Taking these reports as primary sources, we analyze the arguments that are offered in justification of precautionary measures through four argumentative grammars. The first is a model of argumentation *based on the law*, in which PD is requested and granted based on one or two of the procedural risks required by the *Penal Procedural Code*. The second is based on a *tacit accord* because the precautionary measure is requested and authorized even though neither the danger of flight nor the obstruction of the investigation is mentioned in the justifications. The third consists of *accords in disagreement*, which occur when the arguments between the prosecutors and the judges about guarantees do not agree, but PD is still used. Finally, the arguments offered based on the concept of *lost trust* describe a series of cases that are distinguished from those presented in the previous sections because the judges denied prosecutors' requests for PD. The first three grammars can be considered viable whenever the presentations of the prosecutors have satisfied certain conditions. According to the reports consulted, these conditions are two: first, that the prosecutor demonstrate the existence of the crime, and second, that the alleged criminal has probably participated in it. Once the case has met these conditions, it is possible that there will be an active accord regarding the need for PD; on the contrary, there are *arguments based on lost trust*. To summarize, we intend to explore preventive detention as a competency developed by juridical operators as they produced justifications and arguments as well as skepticism and active accords.

Keywords: argumentation, critique, reports, justification, models, preventive detention.

Resumo

Neste artigo apresenta-se uma introdução às características do objeto processo para indicar a relação entre esse instrumento no que diz respeito à prisão preventiva (doravante, PP) no Estado de Buenos Aires (doravante, EBA). Depois, aparece uma série de relatórios nos quais se trabalhou, com métodos diferentes, o uso da PP a partir do processo. Tomando esse instrumento como fonte primária, analisam-se os argumentos que se relatam para justificar a medida cautelar, mediante quatro gramáticas argumentativas: a primeira é um modelo de argumentação *com base na lei*, dentro da qual a PP é solicitada e concedida com relação a um —ou dois— dos riscos processuais que exige o *Código de Processo Penal*. A segunda realiza-se com base em *um acordo tácito*, já que a medida cautelar é pedida e outorgada, embora não seja mencionado nas justificações o perigo de fuga nem o entorpecimento na investigação. A terceira compõe-se de *acordos em dissidência*, em virtude de que os argumentos entre os promotores e os juízes de garantias não concordam, mas a PP é igualmente aplicada. Por último, os argumentos expostos a partir do conceito *da confiança perdida* descrevem uma série de casos que se diferenciam dos apresentados nas seções anteriores, uma vez que se trata de negativas dos juízes ante os pedidos de PP por parte da promotoria. As três primeiras gramáticas podem acontecer sempre que as apresentações dos promotores tenham cumprido certos requisitos para considerá-las viáveis. De acordo com os expedientes consultados, essas condições são duas: a primeira, que o fiscal demonstre a existência do delito, e a segunda, que o imputado provavelmente tenha participado deste. Uma vez verificadas as condições, é possível que surja um acordo ativo sobre a necessidade de fazer uso da PP; do contrário, surgem *argumentos com base na confiança perdida*. Em síntese, pretende-se explorar a PP como uma competência que desenvolve os operadores jurídicos, ao produzir justificações e argumentos, ceticismos e acordos ativos.

Palavras-chave: argumentação, crítica, processos, justificação, modelos, prisão preventiva.

1. Cuerpos que constituyen causas

Considerado en algunos trabajos y publicaciones como *cuerpo fetiche* dentro del poder judicial (Martínez, 2004; Sarrabayrouse, 2004; Barrera, 2007 y 2008), el expediente ha 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 escritura¹, junto a los efectos de homologación que dicha escritura genera para los sucesos jurídicos allí designados. Respecto de los expedientes, la homologación facilita la comparación entre ellos y sus respectivos contenidos,

[...] la homologación hace posible una forma de racionalización, entendida, con Max Weber, como previsibilidad y calculabilidad: a diferencia de dos jugadores que, a falta de haber discutido sobre la regla del juego, se dedican a acusarse de trampa cada vez que aparece una discordancia con la idea que cada uno de ellos se había hecho de las reglas, los agentes implicados en una acción codificada saben que pueden *contar con* una norma coherente y sin escapatoria [...]. (Bourdieu, 2001, p. 218)

Además, con la consolidación del objeto expediente surge la oportunidad para que un nuevo grupo de expertos esté en condiciones de producirlo e interpretarlo legítimamente. En este sentido, la escritura y las estandarizaciones normativas guardan una notoria afinidad con las características que Weber le adjudica a las burocracias modernas, con el agregado de que el expediente en estas últimas es tomado como un principio administrativo. Según sus propias palabras,

Los “expedientes”, por un lado, y la disciplina burocrática, por otro, es decir, la sumisión de los funcionarios a la obediencia rigurosa dentro de su labor *habitual*, constituyen cada día más dentro de las esferas pública y privada el fundamento de toda organización. (2002, p. 742)

Por lo tanto, las decisiones introducidas en los expedientes se ejecutan por medio de regulaciones y estándares normativos que se suponen neutrales, a partir de los cuales se procura favorecer las comparaciones entre estos instrumentos y limitar en ellos criterios arbitrarios.

1.1 Los buenos y los malos motivos

Durante todo el derrotero que transita el expediente, desde el inicio de su confección hasta el momento en que se archiva, ofrece algunas ventajas para los actores que intervienen a lo largo de un proceso. Un atributo

1. La escritura, tal como lo planteara Goody, “no afecta únicamente a las fuentes del derecho y al razonamiento legal, sino también a la organización del derecho. La relación del derecho con la sociedad se formaliza con el advenimiento de la escritura. [...] el derecho escrito alcanza autonomía propia, como lo hacen sus órganos. El tribunal se va separando gradualmente de la corte real o del jefe, adquiriendo sus propios especialistas, sumamente instruidos” (1990, p. 176).

importante es el de establecer continuidad a partir de la distribución y acoplamiento de distintos sucesos, relatos y contribuciones que provienen de actores que, en los hechos, se encuentran dispersos (Renoldi, 2008; Barrera, 2011 y 2012). Estas intervenciones son agilizadas, organizadas y pasibles de control, a partir del expediente, prescribiéndose el modo y la forma en que los actores deben participar en él. En síntesis, brinda coherencia al conocimiento de un hecho, objetivándolo a partir de una serie de actividades que a priori son registradas adecuadamente, y no derivadas de procedimientos antojadizos.

Siguiendo en parte la descripción que se acaba de realizar, Ciocchini (2013) le asigna a este instrumento la posibilidad de producir colectivamente un hecho que se transforma en *judicial* por seguir esos pasos y requisitos. Es la causa judicial —que necesita de la recolección y agrupamiento de diferentes eventos, de la articulación en torno a las intervenciones de diversos actores— la que se materializa en el expediente. O en otras palabras, es el expediente el que da lugar a este tipo de causa judicial penal y no a la inversa. En definitiva, se trata del objeto en el que queda asentada la reconstrucción de un hecho delictivo,

Es decir, traduce testimonios de testigos, pericias de expertos, etc. al lenguaje jurídico técnico construyendo un relato jurídicamente significativo. El expediente es el soporte de ese relato judicial. Al contener las intervenciones precedentes de los diferentes actores judiciales permite recorrer, en cualquier momento, el proceso de construcción de dicho relato. (Ciocchini, 2013, p. 147)²

Y es debido a estas características que se puede decir que el expediente es, no solo un instrumento, sino también un actor más dentro del proceso penal, ya que está en condiciones de modificar, con su incidencia, las relaciones entre personas y eventos (Latour, 2008; Boltanski, 2000).

Además de las utilidades que se acaban de mencionar del objeto expediente, este instrumento ha sufrido un conjunto de críticas, de las cuales serán mencionadas dos muy relevantes. La primera, de tipo técnico, ha señalado al expediente como la encarnación del proceso inquisitivo y escriturario, anterior a la reforma del *Código Procesal Penal* (en adelante, CPP) en la provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA) durante 1998³.

2. Según Barrera, “la figura del expediente resume, por antonomasia, el funcionamiento del aparato judicial. De hecho, los expedientes son objetos cotidianos —tal vez los más comunes— en la vida de un tribunal. Ellos son las formas que ponen en movimiento la dinámica de trabajo de un tribunal, organizando su actividad [...] a través de las cuales se desarrollan y realizan las capacidades personales” (2008, pp. 224-239).
3. Los reformadores y sus programas oponen a los componentes del proceso inquisitivo los del proceso acusatorio: oralidad e intermediación, sin papeleo excesivo y con una mayor agilidad. “Según la doctrina, el *inquisitivo* y el *acusatorio* son bastante más que modelos procesales. En verdad, representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura, pues expresan una determinada

Según este tipo de detracciones, dicho instrumento facilita el arraigo de la demora judicial y la exigencia de una gran cantidad de trámites, que no siempre son indispensables para el esclarecimiento de una causa.

Junto a estas objeciones existen otras de índole moral que, en términos generales, sostienen, como lo hace Hazan, que la tramitación de los expedientes provoca en los funcionarios:

Un distanciamiento de los casos concretos a resolver, y por lo tanto de las personas que protagonizan un conflicto, ya que no se le autoriza a los funcionarios a decretar normas especiales para cada caso particular, sino que le obliga a limitarse a una reglamentación abstracta. (2009, p. 173)

El expediente, desde esta perspectiva, separa a quienes trabajan dentro del ámbito judicial de aquellas personas que deberían ser sus beneficiarias directas, contribuyendo a una mayor indolencia en la tarea de los operadores jurídicos.

Teniendo en cuenta lo que acabamos de introducir, una conclusión provisional sobre el instrumento expediente es que, más allá de los argumentos expertos y los discursos reformadores que se mencionaron concisamente, y que, en su mayoría son críticos, este instrumento se mantiene vigente (Barrera, 2012; Ciocchini, 2013). Y dicha permanencia no debe calificarse apresuradamente como producto de hábitos e intereses desprovistos de sensatez, de fuerzas institucionales arraigadas o de comportamientos desaprensivos por parte de los actores judiciales. Es necesario conocer, antes que denunciar, de qué manera el expediente, con sus limitaciones y utilidades —históricas y actuales— contribuye a modelar el sentido de las prácticas que forman parte del trabajo cotidiano en el poder judicial en la PBA.

2. La redacción de los riesgos

Dentro del ámbito judicial bonaerense, la prisión preventiva (en adelante, 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

escala de valores vigente en una sociedad en un momento o en un lapso histórico determinado” (Cafferata, 1992, p. 226). Debemos decir que difícilmente se puede encontrar alguno de estos modelos en estado puro: con oscilaciones, existen mayoritariamente sistemas mixtos. Muy concisamente, “El proceso acusatorio, que tuvo principalmente en cuenta las garantías del acusado, se fue caracterizando por la separación de las tres funciones fundamentales, de acusar, defender y juzgar, la libertad de la defensa y libre apreciación de la prueba, pocas facultades del juez, inapelabilidad de la sentencia, que no se fundaba, y además como *un* proceso contradictorio, público y oral; el inquisitivo, que buscaba defender más los intereses de la defensa social, por el secreto, la no contradicción, la escritura, la concentración de las tres funciones en manos del juez, sistema de pruebas legales, la confesión como prueba esencial y, en consecuencia, el uso del tormento y la apelación de las sentencias” (Levene, 1993, pp. 105-106).

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, 1999, 2007). A continuación, presentaremos los resultados más destacados de algunos informes en los que se ha trabajado, con métodos y finalidades distintas, el lugar y las características que la PP exhibe en los expedientes, junto a los criterios que utilizan los operadores jurídicos para fundamentar el encierro preventivo.

2.1 Los informes previos

No son muchos los trabajos que evalúan el uso de la PP en los expedientes durante la investigación penal preparatoria. En Francia, por ejemplo, la Commission de suivi de la détention provisoire (la Comisión para el seguimiento de la detención provisional) (2007) hace referencia a las decisiones que durante el procedimiento inciden en la detención provisional. Al respecto, el informe de dicha Comisión advierte que, además de los requisitos legales y aquellos relacionados con las necesidades de la investigación, tanto la carga de los tribunales como los medios a su alcance, vinculados al flujo de los expedientes, generan efectos en términos de duración de la prisión preventiva. Sin embargo, no profundiza en la función concreta que tiene la PP en los expedientes.

En un estudio presentado en el 2011 por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (en adelante, CIPPEC), en el que se indagaron los criterios que se ponen en juego a la hora de aplicar la PP en la PBA, se analizaron diez expedientes, buscando acercarse a una conclusión preliminar respecto de la actuación judicial a la hora de restringir la libertad durante el proceso (CIPPEC, 2011, p. 27). Allí se hizo hincapié en los parámetros utilizados para el pedido de la PP, y si estos concuerdan con los cánones legales y constitucionales y, más en concreto, con los requisitos del proceso penal.

- Del total de las causas examinadas, 7 fueron iniciadas por delitos de robo o hurto en sus distintas calificaciones y variantes⁴, 2 por homicidio y 1 por abuso sexual.
- Sobre las 10 personas que fueron imputadas, 9 tenían entre 18 y 32 años, y 3 de esas 10 personas poseían antecedentes.
- A su vez, en 8 de las causas el fiscal requirió la PP, que fue concedida por los jueces de garantías (en adelante, JG) en todos los casos.

Si bien no se especifican los argumentos brindados en cada uno de los expedientes, el estudio asegura que los fiscales nunca justificaron, como lo requiere el CPP de la PBA, el riesgo que provocaría, para los fines de la investigación penal, que el imputado conserve la libertad durante el proceso. A la hora de solicitar la aplicación de la PP, los argumentos se fundaron

4. Las variantes pueden ser robo en grado de tentativa, robo simple o robo agravado. Este último puede configurarse si en su realización se comete un homicidio, se lesiona a alguien, se utilizan armas, etc. (art. 164 a 167 bis del CP).

En la verosimilitud de los hechos y los indicios vehementes sobre la responsabilidad penal del imputado, según las pruebas obtenidas en escasos días, y no en el peligro real de fuga o entorpecimiento de la causa [agregando —con tono crítico— que] elementos tales como la pena en expectativa no bastan para decidir si existe peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga. Mencionar simplemente que *se encuentran reunidos los extremos de los artículos 157 y 158 del Código Procesal Penal* sin explicitarlo es insuficiente para tener por fundamentada la necesidad de aplicación de la prisión preventiva u otras medidas de coerción. (CIPPEC, 2011, pp. 29-31)⁵

Lo que podemos destacar de este documento es que ofrece la ventaja de evaluar la aplicación de la PP, a partir del objeto expediente, diferenciándose de otros estudios que, priorizando un abordaje dogmático jurídico, eluden la relación con los hechos concretos que hacen viable esta medida cautelar. Sin embargo, muestra dos grandes limitaciones. En primer lugar, y como consecuencia del número exiguo de causas que analiza, la poca variación entre los hechos investigados. La última, y más importante, es que no transcribe los argumentos que los operadores jurídicos ofrecen para discutir sobre la PP en particular.

En otra investigación sobre prácticas y discursos acerca de la PP, la Asociación por los Derechos Civiles (en adelante, ADC) hizo, en el 2012, un relevo de 26 expedientes⁶, en el que la medida cautelar estuvo presente en 16 de ellos. Si bien no se trata de casos pertenecientes solo al ámbito de la PBA⁷, resulta importante señalarlos puesto que aquí se hace mención a los argumentos expuestos por los JG a la hora de evaluar la utilización de la PP.

- Los hechos pertenecientes a la jurisdicción federal fueron 10 robos⁸, 6 delitos relacionados con estupefacientes, sea tenencia o comercio, 3 ilícitos con agresión y armas, y 1 homicidio.
- Sobre los casos dentro de la PBA, 4 referían a homicidios en ocasión de robo, 1 a robo agravado y 1 a comercio de drogas.

5. Otra información que ofrece el documento refleja que de los 10 procesos iniciados existió condena en 7 de ellos, 6 por juicio abreviado y uno en juicio ordinario. En dos casos hubo sobreseimiento para los imputados y en el restante desistimiento por parte del fiscal para formular acción. Lo que destaca el documento es que de estos tres casos en los que no hubo condena, dos habían estado encarcelados bajo PP.

6. Estos expedientes suelen estar compuestos por el acta de detención y notificación de derechos; declaraciones de las víctimas, los policías actuantes y testigos; un croquis del lugar donde se dieron los hechos y los datos personales, así como por información sobre antecedentes, condenas o procesos pendientes de la persona imputada; un informe médico legal y, en los casos de robo, algún tipo de peritaje relacionado con el objeto de robo. Con este material elevado a sede judicial, el juez decide la toma de declaración indagatoria de la persona imputada.

7. De las 26, 20 pertenecen al ámbito federal y 6 al de la PBA.

8. Sin distinguir entre simples o agravados.

- Tomando el universo total de los hechos, 15 contaban con imputados varones, mayormente detenidos por algún tipo de robo.
- En el caso de las mujeres, había 11 procesadas, 9 de ellas privadas de la libertad por la imputación de delitos vinculados a estupefacientes u homicidio en ocasión de robo, y 2 por robo en alguna de sus configuraciones⁹.
- Del total de los imputados, había 2 en la PBA y 2 en el ámbito federal que registraban antecedentes.
- Por último, la mayoría de las personas investigadas se encontraba sin trabajo o con trabajos precarizados¹⁰.

Los procesos de los que habla el documento de la ADC (2012, pp. 56-57) comenzaron, como sucede en la mayoría de los casos en la PBA, con detenciones policiales, a partir de las cuales se obtienen las declaraciones o testimonios sobre los hechos¹¹. A su vez, en casi todos los casos revisados se consideró conveniente la aplicación de la PP por la pena en expectativa (en adelante, PEE) alta, de la que procedería una condena de efectivo cumplimiento. Más en concreto, según este informe, si bien las razones en las que se fundamentan las resoluciones sobre el encierro cautelar parten de los dos riegos procesales estipulados en el CPP de la PBA, lo hacen de manera amplia e imprecisa, por lo que las argumentaciones resultan inconsistentes a la luz de las normas jurídicas. Esto significa que

Si bien se menciona que las únicas causales por las que se puede privar a una persona de su libertad de manera preventiva son el entorpecimiento en la investigación y la posibilidad de fuga, al momento de sopesar estas circunstancias hay un apego generalizado a los parámetros restrictivos establecidos por los códigos procesales, principalmente relacionados —directa o indirectamente— con la pena en expectativa y, en segundo lugar, con la posibilidad de demostrar el arraigo. (ADC, 2012, pp. 58-59)

Señalaremos a continuación los presupuestos, la jurisdicción y los argumentos de los JG en algunos de los casos que trabaja la ADC (tablas 1, 2 y 3).

9. Véase nota 6.

10. En el informe se mencionan los casos de vendedor ambulante, cartoneros, amas de casa, de entre 20 y 45 años de edad.

11. Los testimonios, según el informe, suelen ser imprecisos. Por ejemplo: “con la descripción de los autores, se logró dar alcance a quien resultó ser XXX [...] que había sido descripto de tez morena, alto y de contextura físicamente robusta” y, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, “lo reconocí porque tenía puesto un jean y una remera de mangas cortas de color amarillo, tal cual lo había descripto la víctima” (ADC, 2012, p. 57). Por último, la persona sospechosa es detenida con base en descripciones amplias o ambiguas sobre las características físicas o de vestimenta.

Tabla 1. Presupuesto utilizado por el juez de garantías para conceder la PP: pena en expectativa

Jurisdicción: ciudad de Buenos Aires

Argumento del juez de garantías: “Analizada la situación bajo estas premisas entiendo que la pena de efectivo cumplimiento que podría recaer resulta una pauta para entender que de concedérsele la libertad, intentará eludir el accionar de la justicia, ya que la certeza de que tendría que ir a prisión importa esa presunción”.

Fuente: ADC (2012).

Tabla 2. Presupuesto utilizado por el juez de garantías para conceder la PP: reincidencia del imputado

Jurisdicción: ciudad de Buenos Aires

Argumento del juez de garantías: “La objetiva valoración de la calidad de reincidente en delitos contra la propiedad y lo que resulta de sus condiciones personales se comportan como pautas obstativas que hacen presumir que en la perspectiva de cumplir efectivamente pena privativa de libertad, resultara sustraerse a las resueltas del proceso, con el riesgo procesal consecuente ya que considerada globalmente su situación, la sanción que se le imponga deberá ser de considerable duración [...]. Las numerosas condenas anteriores que registra, cumplidas con efectivo encierro ubican su situación en los presupuestos de los artículos 312 inc. 1 y 319 del Código Procesal de la Nación”.

Fuente: ADC (2012).

En estos argumentos se observa cómo la justificación se sustenta en que los imputados intentarán eludir o sustraerse de la justicia, debido a que la eventual pena será alta o a que son reincidentes, motivos por los cuales deberían cumplir la condena efectivamente. Y frente a ese escenario hipotético, se presume que huirán si no se los encarcela preventivamente.

En otros casos, lo que se posiciona como elemento central para validar la concesión de la PP por parte del JG es la falta de arraigo del imputado, es decir, el hecho de que este tenga un domicilio estable, que la institución judicial pueda constatar.

Tabla 3. Presupuesto utilizado por el juez de garantías para conceder la PP: falta de arraigo

Jurisdicción: provincia de Buenos Aires

Argumento del juez de garantías: “[...] teniendo en cuenta que la imputada no cuenta con un trabajo estable y su lugar de residencia no es fijo, sino que alterna por distintos establecimientos, no es posible determinar su ubicación cierta y eso atenta con las posibilidades de su comparecencia al juicio [...]”.

Fuente: ADC (2012).

En estos argumentos se sugiere que quien no tiene un domicilio estable tampoco ofrece responsabilidad —o previsibilidad— en su comportamiento. Poseer vivienda y ocupación permanentes son elementos valorados como garantía de que el imputado cumplirá con sus obligaciones y se someterá al

proceso. De lo contrario, se presume que intentará eludir la averiguación de la verdad. Lo que resulta paradójico de estos requisitos, afirma el documento de la ADC, es que la mayoría de los casos en los que interviene la justicia penal pertenecen a grupos de personas que justamente carecen de recursos como trabajo u hogar, pudiendo considerarse esas carencias —al menos en parte— como uno de los motivos por los que esos delitos llegan a cometerse (ADC, 2012, p. 60).

Como conclusión de los dos documentos presentados, podemos señalar que así como el informe del CIPPEC tiene el mérito de ubicar a la PP dentro del expediente, relacionando las normas jurídicas con los hechos concretos, el estudio de la ADC brinda un nuevo avance: el de presentar los argumentos que se redactan en los expedientes. Esto permite conocer las escalas que ofrecen los operadores jurídicos a la hora de legitimar su decisión sobre la PP. Estas escalas, que son producto de la actividad de los mismos operadores, muestran, como un factor importante, la necesidad de asegurar la realización del juicio, la cual puede verse frustrada, principalmente, en los casos en que el imputado se fugue. Y es a partir de dicha necesidad que deben evaluarse los argumentos que los actores revelan al justificar los pronósticos que realizan sobre el comportamiento futuro del imputado.

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—, es igualmente considerado un factor significativo para que a una persona se le otorgue la PP.

Por último, el *presente* es un lapso que suele mostrar importancia, ya que no poseer trabajo o casa, que es lo que configura la falta de arraigo según el CPP, contribuiría a que se presuma que un imputado no podrá ser localizado cuando la justicia lo requiera.

Es definitiva, no hay periodo ajeno a la PP, ya que el comportamiento futuro del procesado puede presagiarse por *el futuro* a partir de la PEE, por *el pasado*, a partir de la reincidencia, y en *el presente*, a partir del arraigo.

3. Nuestros expedientes

A diferencia de los documentos del CIPPEC y de la ADC, en esta sección tomaremos como punto de partida la calificación legal propuesta en los expedientes, ya que permiten un acercamiento preliminar a la investigación penal preparatoria (en adelante, IPP).

Posteriormente, se transcribirán los pedidos que llevan adelante los fiscales, una vez que la investigación ha comenzado a desarrollarse. Por último, se presentarán las respuestas de los JG. Esto se debe a que la serie de justificaciones en torno a la PP se inicia con la solicitud que hacen los fiscales, justificaciones que para confeccionarse tienen —o al menos deberían tener— en cuenta las posibles objeciones que el JG les podría realizar. Si bien el encierro preventivo no comienza ni termina en el poder judicial,

la relación que se despliega entre fiscales y JG es crucial en este ámbito —y en esta etapa del proceso—, al punto de reducir la incidencia que tienen los defensores, que están facultados para plantear sus objeciones acerca del uso del encarcelamiento preventivo, una vez que el JG haya decidido, positiva o negativamente, sobre el pedido del fiscal respecto a la PP.

3.1 Hechos y rasgos

En cuanto fuente primaria, buscamos expedientes en los que la PP estuviese siempre presente, es decir, expedientes en los que al menos la fiscalía haya solicitado la medida cautelar. Luego de esta solicitud, el JG puede otorgar o denegar dicha medida, analizando, entre otras cosas, las características del hecho y los antecedentes de los imputados. Esto se justifica porque lo que nos interesa es explorar el encierro preventivo, como una competencia que despliegan los actores judiciales al producir argumentos, desavenencias y acuerdos activos.

A partir de esta premisa, y por intermedio de nuestros informantes claves, hemos podido conseguir un total de 29 expedientes provenientes de los 3 departamentos judiciales de la PBA, en los que trabajamos para nuestra investigación: La Plata, Quilmes y Mar del Plata. Si bien lo desarrollaremos luego, es necesario anticipar que en solo 5 de los expedientes a los que accedimos la PP fue rechazada. Algunos detalles más para señalar:

- De los expedientes, hubo 9 que tuvieron que ver con homicidios o tentativas de homicidios, 16 con robos en sus diferentes tipificaciones, 2 con abuso sexual, 1 con lesiones graves y 1 con comercialización de estupefacientes.
- Se contó un total de 89 imputados: (a) una mujer; (b) 17 reincidentes; (c) 5 fueron excarcelados de manera ordinaria por el JG; (d) más de la mitad no poseía empleo estable, y (e) 67 no superaban los 30 años.
- Vale mencionar que en una de las causas se investigó un robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda, y por el uso de arma. En dicho proceso se detuvieron 52 personas, lo que supone un número poco frecuente de imputados para un solo hecho.
- Las características más frecuentes de estos expedientes fueron las de hallarse defectuosamente redactados, con faltas de ortografía y una tendencia notoria a la repetición de fórmulas que se podría resumir bajo la expresión de *copiar y pegar*. Esto último se observa, por ejemplo, en la reproducción que los operadores jurídicos efectúan de los contenidos de los distintos apartados que conforman los expedientes. Las afirmaciones que realizan los fiscales en cada uno de los títulos con los que se organizan dichos instrumentos¹² resultan prácticamente las mismas a las que posteriormente llevan a cabo los JG.

12. Por lo general estos títulos son *materialidad ilícita, adecuación típica, autoría responsable*.

Un magistrado de la etapa de instrucción del proceso, dio un testimonio que puede servir para analizar esta tendencia a la reproducción de los argumentos en los expedientes:

[...] pero acá estamos en la trinchera, acá no se hace fondo casi..., salen minutas, es milanesa con papa fritas, hay cientos y miles de causas, por lo que tenés que estar resolviendo permanentemente, y salís de un aborto, y vas a un homicidio, y vas a un hurto, habeas corpus, pungas, tenés una multiplicidad de funciones dentro de lo que es la primera instancia, con tiempos acotados, y en una instancia que es corregible, porque para eso está la alzada..., de última vos tenés la rectificatoria de tu superior jerárquico judicial. Que apele la defensa o el fiscal, en todo caso.

ENTREVISTADOR: ¿Eso da más tranquilidad?

No es que da más tranquilidad pero lo pueden hacer con más tiempo, lo desmenuzan con más tranquilidad. Son tres personas, no una, porque yo también puedo leerle una causa muy bien en un mes, y no en 15 segundos, y antes y después tenés miles. Es un vértigo permanente. Y los superiores están para eso, para corregirnos si nos equivocamos. Lo que pasa es que en primera instancia estás más cerca de la realidad. (JG del Departamento Judicial de La Plata)

Este tipo de afirmaciones ha sido recurrente en los actores entrevistados. El hecho de estar expuestos a procesos penales variados, sobre los que hay que decidir en poco tiempo, beneficia el apego a fórmulas preestablecidas ya que reducen el dispendio de tiempo para cada una de las causas. Y en este sentido, el expediente facilita esa estandarización, brindando la posibilidad de volver público el contenido de un proceso, una vez que los hechos han sido redactados en él. A esto último, conocido como el efecto de *oficialización* que genera la escritura, se le debe sumar el ya mencionado efecto de *homologación*, que ayuda a identificar determinados fenómenos cuando se utilizan determinadas palabras. Ambos efectos restringen los resultados imprevistos, de allí que jueguen un papel importante en la producción del expediente, y en el modo en que la PP circula en este instrumento (García Inda, 1997, p. 265).

3.2 ¿Cómo analizar la prisión preventiva al estudiar los expedientes?

Para analizar el uso de la PP, los expedientes se agruparán de acuerdo con cuatro modelos o gramáticas argumentativas (Chateauraynaud, 2005), que permitan localizar, de una forma identificable, las justificaciones por medio de las cuales los actores judiciales dan sus argumentos. Esto facilitará el estudio comparativo de los fundamentos con los cuales dichos actores despliegan la medida cautelar al solicitarla, aceptarla o denegarla¹³.

13. Las transcripciones de los expedientes serán hechas de forma literal, excepto el número de los artículos mencionados cuando no se vinculen con la medida cautelar que serán omitidos. Por lo tanto, se mantendrán expresiones técnicas, redacciones defectuosas y errores ortográficos.

Siguiendo el enfoque propuesto por Boltanski (2000) para identificar principios válidos a los que recurren las personas a la hora de justificar sus posiciones en diferentes disputas, aquí la PP será considerada como resultado de un acuerdo activo a realizar, y no como producto de fuerzas judiciales —o extrajudiciales— inscritas de manera irreversible en los hábitos de los operadores jurídicos, predispuestas a funcionar en cualquier circunstancia (Latour, 2008).

En segundo lugar, para la elaboración de dichos modelos de análisis, los argumentos que los actores judiciales desplieguen en los expedientes serán presentados sin ser *traducidos*, es decir, sin tratar de difamarlos o desautorizarlos, para luego contraponerles una explicación más sólida que sería la del investigador. Por tal motivo será necesario acumular la mayor cantidad de información que, tanto JG como fiscales, produzcan respecto del uso de la PP, renunciando a introducir suposiciones ajenas a lo que puede leerse en los propios expedientes. Al igual que el juez, dice Boltanski,

El sociólogo [...] pone en escena el proceso recogiendo y registrando los informes de los actores, y su informe de investigación es ante todo un acta de esos registros, un informe de esos informes. En efecto, el sociólogo se obliga a seguir muy de cerca a los actores en su trabajo interpretativo, abriéndose camino a través de los informes que ellos han constituido. Toma en serio sus argumentos y las pruebas que proporcionan, sin tratar de reducirlos o de descalificarlos oponiéndoles una interpretación más fuerte. (2000, p. 55)

Tercero, se mantendrá la diferencia planteada tradicionalmente en las ciencias sociales entre el actor y el investigador. Al analizar los argumentos sobre la PP que se encuentran en los expedientes, al confrontarlos en un mismo momento y lugar, realizaremos una tarea que los operadores jurídicos no llevan a cabo. Estos últimos, tienen la necesidad de decidir cuestiones concretas en una ocasión específica respecto a la medida cautelar. Sin embargo, y esto es lo más importante, la asimetría respecto al investigador y al actor, no presupone una confrontación entre la supuesta interpretación *más fuerte* del primero respecto a la del segundo, poseedor, en términos de Becker (2009), de una menor jerarquía de credibilidad.

En síntesis, los modelos que se expondrán en los próximos apartados son producto de haber tomado en cuenta los argumentos planteados por los actores, sin juzgar estos argumentos por lo que la PP debería ser en los expedientes, según las normas jurídicas. Para ello, se responderán las siguientes preguntas: ¿qué redactan los fiscales a la hora de solicitar y fundamentar la PP?, ¿qué razones dan los JG al aceptar o denegar la requisitoria?, ¿cómo lo hacen?, ¿qué condiciones debe satisfacer el pedido de la PP para ser considerado viable o no? De esta manera, los expedientes serán introducidos en cuatro esquemas con los cuales acercarse a la serie de relaciones que el pedido de la PP instaura, junto a las exigencias que este pedido impone.

3.2.1 Argumentos con base en la ley

Uno de los modelos refleja el acuerdo entre fiscal y JG, que se puede considerar realizado *con base en la ley*. Luego de relatar los hechos y los indicios, que hacen posible suponer la autoría del imputado, las justificaciones sobre el pedido y aceptación de la PP se presentan en función de alguno de los dos riesgos procesales que exige el CPP de la PBA para la concesión de la medida cautelar. Al solicitar esta última, la fiscalía menciona el peligro de fuga, el entorpecimiento en la investigación, o ambos a la vez, y el JG —expresa o tácitamente— concede la PP apoyándose en ellos (tablas 4 y 5).

Tabla 4. Argumentos con base en la ley sobre tentativa de homicidio

Hecho: tentativa de homicidio agravado por el vínculo y por el uso de arma de fuego.
Argumento de la fiscalía: “Que teniendo en cuanta [sic] la pena en expectativa del delito que se le imputa y/o la gravedad del hecho que se le imputa, existen razones para sospechar que el encausado procurará eludir la acción de la justicia, razón por la que solicito la conversión de detención a PP”.
Argumento del JG: “[...] considero que en el caso en tratamiento concurren los presupuestos establecidos en el art. 171 en su remisión al artículo 148, la pena en expectativa [sic], respecto del delito que se le imputa al causante, que hace presumir el peligro de fuga [...]”.
Observación: En este hecho se investiga una tentativa de homicidio agravado por el vínculo y por el uso de arma de fuego. Según el CP argentino, hay tentativa cuando alguien comienza la ejecución de un delito pero no puede consumarlo por circunstancias que son ajenas a su voluntad (art. 42). El agravante propuesto por la fiscalía respecto al vínculo tiene su fundamento en que el imputado de la tentativa de homicidio es el hijo de la víctima. Según queda expresado en el expediente, el imputado efectuó al menos un disparo en la cabeza de la víctima, con claras intenciones de quitarle la vida, propósito que no logró por cuestiones que estuvieron fuera de su alcance.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Tabla 5. Argumentos con base en la ley sobre homicidio simple

Hecho: homicidio simple.
Argumento de la fiscalía: “[...] teniendo en cuenta la gravedad del hecho y consecuentemente la pena en expectativa lo cual torna cuanto menos dudosa la sujeción de los imputados al proceso y/o no elusión de accionar de justicia”.
Argumento del JG: “[...] ello dado la pena en expectativa prevista para el delito endilgado, y la posible fuga, circunstancia que torna viable la medida de coerción peticionada”.
Observación: La fiscalía sustenta la atribución del delito y el pedido de la PP en los testimonios de la pareja del imputado y dos vecinos de este último, a lo que agrega los relatos de los efectivos policiales. Se trata de un homicidio simple, producto de un cuchillazo efectuado por el imputado a la víctima durante una pelea entre ambos. El delito de homicidio simple está tipificado en el art. 79 del CP, que dice: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Este primer modelo de argumentación lo observamos en 9 de los 29 expedientes a los que accedimos, y permitieron apreciar, con variantes, de qué manera, frente a diferentes delitos investigados, la justificación respecto al pedido y aceptación de la PP se realiza *con base en la ley*, al ser mencionados uno o ambos riesgos procesales estipulados en el CPP. Esto no significa, de ningún modo, que se hayan comprobado fehacientemente el modo en que, tanto el peligro de fuga como el entorpecimiento en la investigación, podrían concretarse.

Los informes mencionados previamente, así como otros documentos que estudian la PP, coinciden en que la falta de verificación de la existencia de los riesgos procesales es una de las falencias más relevantes a la hora de evaluar el uso de esta medida cautelar.

Para el INECIP, “si bien se mencionan causales —procesales o sustantivas— no explican la manera en que operan en el caso en concreto y por qué los lleva a sostener que el imputado entorpecerá la acción de la justicia” (2012, pp. 41-43). En el caso de la ADC (2012), sugiere que “a la hora de fundamentar las decisiones, en casi todos los casos se mencionan las causales de riesgos procesales y la necesidad de determinar la decisión con base en elementos objetivos y probados en el caso concreto. Sin embargo, en la mayoría se hace de manera generalizada, ambigua y sin argumentación posterior que le dé contenido y lo fundamente” (p. 58). Según el CIPPEC, la falta de una “clara fundamentación sobre la existencia de peligros procesales que habiliten la aplicación de la prisión preventiva viola claramente los preceptos fundamentales que regulan el proceso penal”. La verosimilitud de los hechos y de la culpabilidad del imputado que puedan llegar a surgir de las medidas de pruebas ordenadas en los primeros días de instrucción y elementos tales como la PEE no bastan para decidir si existe peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga. Mencionar simplemente que “se encuentran reunidos los extremos de los artículos 157 y 158 del Código Procesal Penal” sin explicitarlo es insuficiente para tener por fundamentada la necesidad de aplicación de la prisión preventiva u otras medidas de coerción” (31, 23, 29, 50).

El inconveniente de estos trabajos es el de formular una perspectiva sobre el encierro cautelar que, si bien no puede catalogarse de dogmática, conserva algo de ella, ya que su preocupación está del lado de lo que la PP debería ser según parámetros legislativos, y no en el análisis de lo que es en concreto.

Y la PP, dentro de este modelo, es un acuerdo que se lleva a cabo entre el fiscal y el JG al indicar explícitamente lo que el CPP exige. Esta coordinación es una tipo de compromiso a partir del cual la PP logra concretarse. Se trata, por lo tanto, de apoyos convencionales que permiten realizar ajustes y elaborar perspectivas comunes en torno a lo que autoriza el uso del encierro cautelar, organizando las justificaciones de los operadores jurídicos (Dodier, 1993).

3.2.2 Argumentos con base en un acuerdo tácito

En este segundo modelo de argumentación, presente en 8 de los expedientes revisados, se observa la descripción de los hechos que ocasionaron el inicio del proceso, junto a la presunta responsabilidad del imputado. Se alude con vaguedad a uno o más artículos que, dentro del CPP remiten a la medida cautelar, sin que se formule concretamente, tanto para solicitarla como para concederla, alguno de los peligros procesales en las justificaciones. A continuación se expondrán los casos más destacados en los que se halla una falta explícita, tanto del peligro de fuga como del entorpecimiento en la investigación (tablas 6 y 7).

Tabla 6. Argumentos con base en un acuerdo tácito sobre tentativa de homicidio

Hecho: tentativa de homicidio

Argumento de la fiscalía: “Solicito se dicte la PP respecto del imputado XXX por encontrarse reunidos los requisitos de procedencia exigidos por el art. 157 y concordantes del CPP”.

Argumento del JG: “Encontrándose reunidos los requisitos para su procedencia, resuelvo convertir la detención en prisión preventiva”.

Observación: en esta causa la fiscalía acusa al imputado de haber efectuado dos puñaladas a otra persona con la intención de matarla. Esto ocurrió en la puerta de un bar, habiendo tres testigos que confirmaron la versión del hecho. La policía llevó adelante la persecución y detención del procesado momentos después de que el hecho ocurrió. Según el JG, la PP debe ser otorgada porque las pruebas contra el imputado son suficientes al respecto.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

Tabla 7. Argumentos con base en un acuerdo tácito sobre robo agravado por el empleo de arma

Hecho: robo agravado por el empleo de arma.

Argumento de la fiscalía: “Solicito dicte el auto de prisión preventiva de XXX por darse a su respecto los requisitos de procedencia exigidos por el artículo 157 y concordantes del Código de forma”.

Argumento del JG: “Resuelvo convertir en prisión preventiva la detención que hasta el momento viene sufriendo XXX en orden al delito de robo agravado por el empleo de arma a tenor de lo normado por el art. 166 inc. 2 del CP, por darse los requisitos planteados por el Sr. Agente Fiscal”.

Observación: el hecho tipificado como robo agravado por el empleo de arma ocurrió en un supermercado. El imputado, según la denuncia, se apoderó del dinero de la caja del comercio amenazando a la empleada con una cuchilla. El JG consideró que estaban reunidos los elementos para la concesión de la medida cautelar.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

En este modelo, se observa una ausencia manifiesta de los peligros procesales requeridos por el CPP o, más específicamente, que no es necesario mencionarlos en dichas justificaciones. Al consultar a dos informantes clave, una que se desempeña como ayudante en una fiscalía, y otro en un Juzgado de Garantías, dijeron respectivamente:

¿Para qué te vas a gastar fundamentando si sabes que te la van a dar [la PP]? Salvo que estés muy mal de pruebas, que no pueda decirse que el imputado haya tenido que ver con el hecho, en una tentativa de homicidio o en un robo con armas, te la dan. (Ayudante en fiscalía).

Mira, acá por lo general se controla si el imputado tuvo que ver con el hecho, y si el hecho es grave. Si los peligros están escritos o no, eso viene después, si viene. No es lo más importante generalmente. (Ayudante en Juzgado de Garantías)

Estos testimonios sirven para vincular a este modelo con lo que Garfinkel definió como un *Acuerdo compartido*, en este caso respecto a los actores judiciales, debido a la capacidad que este compromiso tiene para funcionar como una regla entre fiscales y JG. Este acuerdo

[...] se refiere a los variados métodos sociales para lograr el reconocimiento por parte de los miembros de que algo fue dicho de-acuerdo-con-una-regla. [...] las características de la sociedad real son producidas por acuerdos motivados de personas con expectativas de trasfondo [...]. Ese trasfondo debe ser visto como el orden legítimo de creencias sobre la vida en sociedad vista “desde dentro” de esa sociedad. Vistos desde la perspectiva de la persona, sus compromisos con los acuerdos motivados consisten en un asimiento de y suscripción a los “hechos naturales de la vida en sociedad”. (1996, pp. 41-67)

Lo que parece surgir aquí entre los actores judiciales es un entendimiento común sobre asuntos concretos, permitiéndoles considerar que no es necesario realizar especificaciones o que estas especificaciones solo deben ser hechas en ciertas ocasiones especiales, que justamente no son las que agrupamos en este modelo. Al dar por sentado cuál será la interpretación que el JG realizará frente a la investigación de determinados delitos, existen cuestiones que no precisan ser manifestadas por parte del fiscal. Si se acreditó la comisión del hecho y la posible participación del imputado, un JG que actúe de acuerdo con las *expectativas de trasfondo* que circulan dentro del ámbito judicial, podrá conceder la PP sin importar la referencia a los riesgos procesales en los argumentos.

Dos cosas para destacar del presente modelo. Por un lado, que sus casos evidencian, tal como lo plantearon algunos informes, que existen “resoluciones en las que ni siquiera se [hace] mención al peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación [lo que] demuestra claramente que se

sigue pensando al encarcelamiento como adelanto de pena” (INECIP, 2012, p. 69). Por otro lado, y más importante si se quiere comprender el uso de la PP, que en este modelo se observan equivalencias sobre la medida cautelar que funcionan tácitamente, presentes, como acuerdos compartidos para los operadores jurídicos. Es en función de estas equivalencias y acuerdos compartidos que ambos actores judiciales consideran adecuado utilizar la PP frente a determinados hechos sin la necesidad de explicitar al respecto los peligros procesales exigidos por el CPP.

3.2.3 Argumentos con base en un acuerdo en disidencia

Si en el modelo anterior existía un acuerdo tácito entre fiscales y JG, en este no coinciden sus justificaciones. Lo dicho supone que los argumentos en los que el fiscal sustenta el pedido de la PP no sean los mismos que aquellos en los que el JG apoya su otorgamiento. Sin embargo, la medida cautelar sigue siendo necesaria para ambos. En pocas palabras, a partir de los mismos hechos se llega a la misma resolución, que es la imposición del encierro preventivo, pero invocando distintos motivos (tablas 8 y 9).

Tabla 8. Argumentos con base en un acuerdo en disidencia sobre tentativa de homicidio y homicidio

Hecho: Tentativa de homicidio y homicidio.

Argumento de la fiscalía: “Que asimismo se cumple el extremo exigido por el inciso 4.º del artículo 157 del CPP de la PBA, ello así teniendo en cuenta la gravedad del hecho imputado, la circunstancia de encontrarse eventualmente vinculada una cuarta persona en los hechos, todo lo cual me lleva a sostener la necesidad del dictado de la prisión preventiva en orden asimismo al no entorpecimiento de la investigación”.

Argumento del JG: “Encontrándose reunidos los requisitos para su procedencia (arts. 157 y 158 del CPP), y concurriendo los presupuestos establecidos en el art. 171 en relación al 148 del mismo cuerpo legal, ello teniendo en cuenta la pena en expectativa que se espera como resultado del proceso, dato objetivo previsto en el art. 148 inc. 2 del CPP para meritar el peligro de fuga, y que permite sostener la procedencia del encarcelamiento preventivo”.

Observación: en esta causa hay tres imputados, uno de ellos por la comisión de un homicidio y la coautoría de una tentativa de homicidio. Los otros dos imputados, están acusados de ser coautores de dicha tentativa de homicidio. El hecho ocurre en la puerta de un club bailable, y es el primero de los imputados mencionados quien saca un arma de fuego y comienza a disparar matando a una persona. La fiscalía sostiene su planteo en los testimonios de dos testigos presenciales, y de los efectivos policiales solicitando la PP para los tres detenidos. El JG confirma la medida cautelar basándose en el peligro de fuga, y no en el entorpecimiento de la investigación como lo había propuesto la fiscalía.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Tabla 9. Argumentos con base en un acuerdo en disidencia sobre homicidio agravado por el uso de arma de fuego

Hecho: homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con el de amenazas calificadas por el uso de arma de fuego.

Argumento de la fiscalía: “Solicito se dicte auto de PP respecto del imputado XXX por encontrarse reunidos los requisitos de procedencia exigidos por el art. 157 y concordantes del CPP”.

Argumento del JG: “Surgiendo de las constancias de autos la existencia de indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, ello en razón de la pena en expectativa del delito prenotado y valoración de los antecedentes penales que registra el imputado, considero que la medida de coerción intentada resulta procedente”.

Observación: La fiscalía expresa que el imputado de la causa amenazó a un hombre con un arma de fuego en la vivienda de este último, desistiendo de seguir adelante por la intervención de un vecino de la víctima. Ese día, unas horas más tarde y en el interior de otra vivienda, dicho imputado efectuó un disparo de arma de fuego contra el propietario de la misma causándole la muerte. Este planteo de la fiscalía fue corroborado por tres testigos, dos de ellos presenciales. El JG otorga la PP solicitada, pero a diferencia de la fiscalía que solo menciona el art. 157 del CPP, aquel justifica la necesidad de la medida cautelar en “la existencia de indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación”.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Como pudimos ver, en este modelo existe conformidad respecto al resultado al que los operadores jurídicos consideran necesario arribar, que es el uso de la PP, pero expresa diferencias en las justificaciones para llegar a ese resultado. Es esto lo que denominamos *acuerdo en disidencia*, en el sentido de que los actores judiciales proporcionan motivos dispares con la particularidad de que adhieren a un uso del lenguaje jurídico, por medio del cual reconstituyen las equivalencias sobre la medida cautelar (Boltanski, 2000, pp. 106-108). Si bien no se trata de un enfrentamiento en el sentido tradicional del término, con una oposición insalvable entre una postura y otra, existe un desajuste, una disputa, ya que el JG resuelve diferenciarse de los argumentos expuestos por el fiscal. Es esto último lo que lo distingue, por un lado, del modelo de *acuerdo tácito* en el que prevalece un entendimiento común entre los actores judiciales, por el cual no precisan realizar especificaciones respecto de sus decisiones. Y por otro lado, es lo que lo diferencia del *acuerdo con base en la ley* en el que fiscal y el JG coinciden en indicar explícitamente lo que el CPP exige. Formulado en 7 de los 29 expedientes, en este tercer modelo, si bien las justificaciones sirven para restaurar equivalencias acerca de la obligatoriedad de la PP, lo hacen expresando disidencias en los motivos que las validan.

3.2.4 Argumentos con base en la confianza perdida

A partir de la presentación de los tres modelos trabajados, y de la información que estos han brindado, pudimos conocer los distintos tipos de justificaciones que formulan los operadores jurídicos para los casos en que la PP es homologada. Esto último obliga a preguntarnos ¿bajo qué argumentos solicitan los fiscales la PP, que luego no será concedida?

Y a su vez, ¿cuáles son las justificaciones de los JG para denegarla? Con el cuarto modelo de argumentación se brindará una serie de casos que se distinguen de los presentados en los apartados anteriores, dado que se trata de negativas de los JG frente a los pedidos de PP efectuados por la fiscalía. Analizarlos resulta sumamente importante ya que casos como estos han quedado relegados en los informes y documentos sobre la medida cautelar, sin que se expresen los motivos de dicho abandono. A su vez, debido a los inconvenientes que tuvimos para obtener expedientes donde la PP fuera denegada, expondremos las percepciones de los actores judiciales acerca de los porcentajes entre medidas cautelares admitidas y denegadas (tablas 10 y 11).

Tabla 10. Argumentos con base en la confianza perdida sobre lesiones graves calificadas por el vínculo

Hecho: lesiones graves calificadas por el vínculo.

Argumento de la fiscalía: “Que atento a la gravedad del hecho aquí investigado, la pena en expectativa, la posibilidad de que el aquí encartado intente eludir el accionar de la justicia, aparece como cierto y probable. En virtud de ello, entiendo este fiscal, que la medida de coerción solicitada se encuentra así suficientemente fundada”.

Argumento del JG: “Luego de una lectura concienzuda de la IPP no es posible encontrar justificada la existencia del ilícito. [...] la forma descripta por el Sr. Agente Fiscal de cómo se desarrollaran los hechos que causaran dicha lesión posee basamento principalmente —sino únicamente— en el testimonio de su concubina XXX, quien posteriormente, en sede judicial, brindó una versión de los hechos que ya no la ubican como testigo directo y presencial de la supuesta agresión. A ello debe sumarse, como circunstancia que, al menos, restan credibilidad a la testigo, que extrajudicialmente ensayó distintas explicaciones del acontecer de los hechos [...], de las cuales no es posible extraer justificadamente la intención de causar una lesión por parte del imputado XXX para con su hija menor de edad. Desde otra atalaya, y sin desmedro de lo antedicho, tampoco es posible colegir la existencia de peligros procesales ciertos. La actitud desarrollada por el aquí imputado en los momentos posteriores al acaecer ilícito permite inferir razonadamente que el mismo no intentará eludir el accionar de la justicia, ya que se había presentado con su DNI en la seccional policial en reiteradas ocasiones al tomar conocimiento de que era buscado [...]. Por lo tanto, no existiendo mérito alguno para que XXX permanezca privado de su libertad y de conformidad por lo dispuesto en el CPP, resuelvo no hacer lugar a la prisión preventiva solicitada por el Sr. Agente Fiscal, y decretar la libertad por falta de mérito de XXX”.

Observación: el imputado es un joven de 21 años acusado de lesionar a su hija de tres meses al haberla sacudido para que deje de llorar. El pedido de PP por parte de la fiscalía se basa en la denuncia de la madre de la menor y concubina del detenido, junto con el reconocimiento médico que informa que la víctima sufrió una fractura de su fémur izquierdo. En un primer momento, la causa estuvo a cargo del JG subrogante quien otorgó la PP ya que la pena que recaería sobre el imputado no podría ser de carácter condicional, razón por la cual eso beneficiaría el peligro de fuga. Doce días después de esta resolución, el JG titular retornó a su trabajo. Este último considera que el supuesto delito que investiga la fiscalía se sustenta *principalmente —si no únicamente— en el testimonio de su concubina*, la cual *ensayó distintas explicaciones del acontecer de los hechos*. Junto a este escepticismo afirma que *tampoco es posible colegir la existencia de peligros procesales ciertos*. En resumidas cuentas, el JG no cree en la versión que la fiscalía presenta para solicitar la aplicación de la PP.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

Tabla 11. Argumentos con base en la confianza perdida sobre tenencia de estupefacientes con fines de comercialización

Hecho: tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Argumento de la fiscalía: “Que conforme surge de la Ley 13.449 y res. 228/06 de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires este Ministerio viene por el presente a exponer los motivos que hacen procedente la imposición de la medida de coerción que se solicita. Que se encuentra acreditada la responsabilidad del ciudadano respecto del hecho que se le imputa en la calidad premencionada. Que asimismo el suscripto entiende que existe proporcionalidad entre la medida cautelar requerida y el objeto tutelado”.

Argumento del JG: “Frente al requerimiento fiscal a despacho y partiendo de una concepción progresiva respecto de la comprobación de la hipótesis delictiva a medida que avanza el procedimiento, no aparece ahora suficientemente evidenciada aquella finalidad comercial evaluando también la manifestación del encartado [...]. Téngase en cuenta además que de la laxa e imprecisa maniobra de *pasamanos* referida en el acta xxx no es posible inferir que el imputado cumpliera el rol de vendedor. Tampoco a partir de la escasa suma de dinero que le fue secuestrada y las características del cambio de los billetes. En definitiva, no es posible sostener a esta altura probada la existencia de alguna conducta compatible con la finalidad de comerciar ni aparecen configurados los extremos que permitan fundar un reproche a partir de la simple tenencia de los estupefacientes. Bajo ese piso de marcha no existe mérito suficiente para continuar con la detención del mencionado XXX”.

Observación: según el relato fiscal, la policía advierte que una persona —el imputado— realiza una serie de maniobras con otra persona que podrían ser compatibles con la venta y adquisición de drogas. Los agentes policiales interceptan al primero encontrando en su campera 37 gramos de marihuana y \$67. Para la fiscalía, este hecho constituye el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Por su parte, el JG no advierte con suficiente claridad el objetivo de comerciar atribuido al imputado por lo que no concede la PP.

Fuente: Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

En este último modelo aparece una certeza debilitada, que se manifiesta en el escepticismo de los JG frente a los argumentos de los fiscales. Las circunstancias en las que este escepticismo puede cristalizarse son dos: primero, a la hora de verificar la existencia de una conducta tipificada penalmente; y segundo, en caso de que el delito haya podido comprobarse, que el imputado sea, *prima facie*, autor o partícipe en su comisión.

De los casos analizados, en tres de ellos los JG consideraron que los fiscales no habían podido demostrar la comisión de un delito, y en los otros dos, que aun existiendo hechos ilícitos, no lograron vincular incuestionablemente al imputado con ellos. Sin estas dos confirmaciones, los peligros procesales que exige el CPP de la PBA pasan a un segundo plano en el acuerdo que debe existir entre fiscales y JG para el dictado de la PP.

Por último, y tal como lo anticipamos al inicio de este apartado, cabe mencionar la dificultad que tuvimos para conseguir expedientes en los que la PP se deniega. A raíz de este motivo, consultamos a los actores judiciales por su percepción sobre las proporciones entre medidas cautelares aceptadas y las rechazadas.

En mi juzgado la estadística ha estado casi siempre 25 a 75 a favor, pero varía turno a turno.

ENTREVISTADOR: ¿25 % concesiones, 75 % denegaciones, o al revés?

Al revés, al revés. Si fuera como decís, estaría todos los días en la tapa de los diarios". (JG del Departamento Judicial de Mar del Plata).

Yo estimaría que el 90 % de las solicitadas, son concedidas. Y de las que son recurridas por los defensores el porcentaje de confirmación es aproximadamente de un 85 %". (Empleado de una Fiscalía del Departamento Judicial de Quilmes)

Mirá, la verdad no sabría decirte exactamente [...], pero acá la mayoría de las preventivas que pedimos, nos las dan. Y por lo que tengo entendido, es en general así. De hecho, hay un mito sobre un Juzgado de Garantías que dicen que nunca denegó una preventiva. (Empleada de una Fiscalía del Departamento Judicial de La Plata)

Estos testimonios sugieren que el principal obstáculo para encontrar expedientes con pedidos de PP denegados está en los porcentajes generales de aceptación, que son muy altos. Si bien esta información no podemos contrastarla con estadísticas¹⁴, resulta un aporte valioso, porque permite acercarse a un tema, el de las negativas frente a la solicitud de PP, que hasta el momento no ha sido estudiado.

4. Conclusión

En el desarrollo de este artículo se priorizaron los argumentos que utilizan los JG y los fiscales en los expedientes. Estos instrumentos sirven para organizar el trabajo dentro del ámbito judicial: describen hechos, jerarquizan explicaciones, evidencian capacidades y delimitan responsabilidades. Es por esto que los trabajos del CIPPEC y de la ADC pueden considerarse un avance a la hora de describir y analizar el uso de la PP en estos instrumentos. Sin embargo, dichos trabajos se mantienen más cerca de un enfoque jurídico que de un estudio sociojurídico, en el sentido de que priorizan *transformar* la realidad de la medida cautelar en la PBA, antes que *comprenderla* (Latour, 2008, p. 67)¹⁵.

En la sección ulterior se buscó esclarecer bajo qué manifestaciones la medida cautelar es solicitada, aceptada o rechazada, a raíz de que son estas manifestaciones las que permiten rastrear el movimiento de la PP dentro del Poder Judicial (PJ). Al examinar estas justificaciones, se comenzó por el pedido de los fiscales, ya que la sucesión de argumentos sobre la PP se inicia

14. No existen cifras oficiales sobre la cantidad de medidas cautelares que se solicitan, aceptan o deniegan.

15. Los informes y documentos que investigan el uso de la PP, desde la PBA hasta América Latina (ADC, CIPPEC, INECIP, CELS, CEJA, DPLF) se proponen como uno de sus objetivos intervenir en la práctica cotidiana de la medida cautelar por medio de diagnósticos y propuestas de cambios. Sin excepciones, postulan distintas recomendaciones acerca de lo que debería hacerse con este instituto, mostrándose más interesados en las soluciones que pretenden auspiciar y menos en el análisis del problema.

con su solicitud, y porque, además, estos fundamentos deberían tener en cuenta las eventuales críticas que puedan realizarle los JG. Para profundizar este análisis se construyeron cuatro modelos de argumentación, con los que se intentó evitar la *traducción* de las justificaciones, presentándolas tal cual fueron redactadas por los actores judiciales.

Los modelos permitieron evidenciar distintos grados de coacción que los operadores jurídicos reflejaron en la situación en que se hallaban para hacer que las solicitudes —en el caso de los fiscales— y las aceptaciones —en el caso de los JG— resultaran justificables.

El primero es un modelo de argumentación *con base en la ley*, dentro del cual la PP es solicitada y concedida respecto a uno —o dos— de los riesgos procesales que exige el CPP. El segundo se realiza *con base en un acuerdo tácito*, ya que la medida cautelar es pedida y otorgada, si bien no se mencionan en las justificaciones ni el peligro de fuga ni el entorpecimiento en la investigación. El tercero se compone de *acuerdos en disidencia*, a raíz de que los argumentos entre los fiscales y los JG no concuerdan, pero la PP es igualmente aplicada.

Por último, y a partir del sistema de relaciones que el pedido de la PP instaura, estos tres modelos pueden concretarse siempre que las presentaciones de los fiscales hayan satisfecho ciertos requisitos para ser consideradas viables. Según los expedientes consultados, estas condiciones son dos. Primero, que el fiscal demuestre la existencia del delito y, segundo, que el imputado haya participado probablemente en este. Solo verificados ambos requisitos es posible que surja un acuerdo activo sobre la necesidad de hacer uso de la PP; de lo contrario, surgen *argumentos con base en la confianza perdida*.

En síntesis, se pretendió explorar el encierro preventivo como una competencia que desarrollan los operadores jurídicos al producir justificaciones y argumentos, escepticismos y acuerdos activos. Esto no significa minimizar los efectos nocivos que su utilización puede acarrear, como consecuencia del encarcelamiento de miles de personas jurídicamente inocentes en la PBA. Por el contrario, al ir más allá del desencanto con el que se presenta a la PP, cuando solo se intenta criticar su uso, se buscó revalorizarla como una práctica que genera relaciones entre los JG y los fiscales que intervienen en los expedientes.

Referencias

- ADC. (2012). *Prevenir no es curar*. Buenos Aires: EMEPE.
- Barrera, L. (2007). *Del “campo” a la “red”: una mirada a la Corte Suprema Argentina, desde una epistemología de estudios de ciencia y tecnología*. Consultado el 22 de septiembre del 2012, en <http://seminariounlpam.blogspot.com.ar/2010/10/leticia-barrera-mirando-la-corte.html>
- Barrera, L. (2008). *La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema Argentina*. Consultado el 12 de abril del 2013, en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub10/10Jurica09.pdf

- Barrera, L. (2011). *Más allá de los fines del derecho: expedientes, burocracia y conocimiento legal*. Consultado el 19 de julio del 2012, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=50921135004>
- Barrera, L. (2012). *La corte suprema en escena*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Becker, H. (2009). *Trucos del oficio*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Boltanski, L. (2000). *El amor y la justicia como competencias*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clase social*. Bilbao: Desclée.
- Cafferata Nores, J. (1992). *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Depalma.
- Ciocchini, P. (2013). *Tiempo de justicia*. (Tesis doctoral). Universidad del País Vasco, Vizcaya, España.
- CIPPEC, (2011). *¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?* Documento de trabajo n.º 74, Buenos Aires.
- Commission de suivi de la détention provisoire. (2007). *Rapport 2006*. Versailles: Février.
- Chateauraynaud, F. (2005). La coacción argumentativa. GSPR-EHESS, Versión presentada para publicación a la *Revista Europea de Ciencias Sociales*. Consultado el 19 de marzo del 2012, en: http://www.gspr-ehess.com/documents/FC-coaccion_argumentativa.pdf
- Dodier, N. (1993). Les appuis conventionnels de l'action. *Réseaux*, 11(62), 63-86.
- García Inda, A. (1997). *La violencia de las formas jurídicas*. Barcelona: Cedecs.
- Garfinkel, H. (1996). *Estudios en etnometodología*. Madrid: Anthropos.
- Goody, J. (1990). *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hazan, L. (2009). *La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal*. Santiago de Chile: CEJA.
- INECIP. (2012). *El estado de la prisión preventiva en la Argentina*. Buenos Aires: Servicop.
- Iud, A. (2008). El impacto de la oralidad en la reducción del uso de la prisión preventiva. *Revista de Derecho Procesal Penal* 1, 6-32.
- Latour, B. (2008). *Reensamblar lo social*. Buenos Aires: Manantial.
- Latour, B. (2010). *The Making of Law*. Cambridge: Polity Press.
- Levene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I. Buenos Aires: Depalma.
- Martínez, J. (2004). *Expedientes*. Santiago de Chile: CEJA.
- Renoldi, B. (2008). *Narcotráfico y justicia en Argentina: la autoridad de lo escrito en el juicio*. Buenos Aires: Antropofagia.
- Sarrabayrouse, M. J. (2004). La justicia penal y los universos coexistentes. En S. Tiscornia (comp.), *Burocracia y violencias* (pp. 203-238). Buenos Aires: Antropofagia.
- Vaughan, D. (1999). The dark side of organizations. *Annual Review of Sociology* 25, 271-305.
- Vaughan, D. (2007). Criminología y sociología de las organizaciones. *Delito y Sociedad*, 24, 7-25
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad*. México: FCE.

Entrevistas

[187]

Empleada de una Fiscalía del Departamento Judicial de La Plata, 9 de septiembre del 2010, La Plata, Argentina.

Empleado de una Fiscalía del Departamento Judicial de Quilmes, 14 de abril del 2013, Quilmes, Argentina.

JG del Departamento Judicial de La Plata, 8 de noviembre del 2012, La Plata, Argentina.

JG del Departamento Judicial de Mar del Plata, 21 de agosto del 2012, Mar del Plata, Argentina.