

# Decidir rápido, condenar pronto. El proceso de flagrancia desde la sociología de la justicia penal

Decide Quickly, Condemn Soon.

The Process of Flagrancy from the Sociology of Criminal Justice

Decidir rápido, condenar em breve.

O processo de flagrância desde a sociologia da justiça penal

---

EZEQUIEL KOSTENWEIN\*

FECHA DE RECEPCIÓN: 23 DE FEBRERO DE 2017. FECHA DE APROBACIÓN: 17 DE OCTUBRE DE 2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5434>

Para citar este artículo: Kostenwein, E. (2018). Decidir rápido, condenar pronto. El proceso de flagrancia desde la sociología de la justicia penal. *Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 13-44. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5434>

## RESUMEN

En este trabajo abordaremos los cambios que generó el surgimiento del proceso de flagrancia en la justicia penal de la provincia de Buenos Aires. Para ello comenzaremos describiendo las características de dicho proceso, junto a los presupuestos y objetivos a partir de los cuales se ha fundamentado su implementación. Estos contenidos serán complementados con la evaluación que los actores judiciales hacen sobre el proceso de flagrancia. Posteriormente, analizaremos los argumentos que expresan los mismos actores judiciales para requerir, objetar, aceptar o denegar la utilización de la prisión preventiva en las audiencias que se desarrollan dentro del ya mencionado proceso.

**Palabras clave:** justicia penal, flagrancia, prisión preventiva.

\* Abogado (UNLP), magíster en Criminología (UNL) y doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL); 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) de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

**ABSTRACT**

In this paper, we will discuss the changes generated by the emergence of the flagrancy process in the criminal justice of the province of Buenos Aires. To this end, we will begin by describing the characteristics of this process along with the budgets and objectives on which its implementation has been based. These contents will be complemented with the evaluation made by the judicial actors on the flagrancy process. Subsequently, we will analyze the arguments expressed by same judicial actors to request, object, accept or deny the use of pre-trial detention in the hearings that take place within the aforementioned process.

**Key words:** Criminal justice, flagrancy, preventive detention.

**RESUMO**

Neste trabalho abordaremos as mudanças que gerou o surgimento do processo de flagrância na justiça penal da província de Buenos Aires. Para isto, começaremos por descrever as características de dito processo junto aos pressupostos e objetivos a partir dos quais se tem fundamentado a sua implementação. Estes conteúdos serão complementados com a avaliação que os atores judiciais fazem sobre o processo de flagrância. Posteriormente, analisaremos os argumentos que expressam os mesmos atores judiciais para requerer, objetar, aceitar ou denegar a utilização da prisão preventiva nas audiências que se desenvolvem dentro do já mencionado processo.

**Palavras-chave:** justiça penal, flagrância, prisão preventiva.

## Introducción

Erving Goffman afirma que las instituciones —en el sentido corriente de la palabra— pueden ser lugares tales como oficinas, complejos industriales, edificios, donde habitualmente se realizan diferentes actividades. Dice, además, que “toda institución absorbe parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona en cierto modo un mundo propio; tiene, en síntesis, tendencias absorbentes” (2007, p. 17; Becker, 2003). Apelando a esta definición, la justicia penal puede entenderse como una institución, en el sentido que mantiene a sus integrantes dentro de esquemas y marcos de significación que le son característicos. Una de las derivaciones de este planteamiento es que emergería —fundamentalmente para quienes trabajan en la justicia penal— una estructura invisible que contribuiría a que los actores judiciales consideren la realidad de los tribunales como algo dado (Searle, 1997). De allí que aprendan a condenar o a absolver, a usar expedientes, a participar de audiencias, a solicitar u objetar prisiones preventivas, a conceder o denegar excarcelaciones, todo esto sin detenerse a reflexionar en cada caso concreto sobre los orígenes y avatares de estos instrumentos y dispositivos. En definitiva, perciben y emplean dichos instrumentos y dispositivos del derecho de acuerdo con la función que les asigna la institución a la que pertenecen.

Así es que la justicia penal puede estudiarse en tanto institución, como ese ser sin cuerpo

en el que se viene a delegar la tarea de decir qué sucede con lo que es. [...] las instituciones son las que asumen la tarea de decir y de confirmar lo que importa [...]. De este modo viene a recaer sobre las instituciones todas las tareas consistentes en *fijar una referencia*, sobre todo cuando ésta incide sobre un conjunto de objetos cuyo valor reviste importancia y cuyos predicados requieren ser estabilizados mediante definiciones (Boltanski, 2009, pp. 124-127).

Por lo tanto, la justicia penal como institución debe, entre otras cosas, fijar referencias sobre las sanciones a quienes han trasgredido el derecho penal, con arreglo a criterios y procedimientos legales determinados (Garland, 2006).

## 1. La flagrancia en la institución de la justicia penal

En el año 1998, la institución de la justicia penal en la provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA) experimentó un cambio significativo dado que comenzó a regir la Ley 11922, la cual sustituyó el anterior Código Procesal Penal (en adelante, CPP) e introdujo el sistema acusatorio en reemplazo del inquisitivo. Vale recordar que, para la mayor parte de la doctrina jurídica, el modelo inquisitivo del proceso penal se caracteriza por defender más los intereses de la defensa social, el uso del expediente, la no intermediación entre los actores que intervienen en un proceso penal y la concentración en manos del juez de las funciones de investigar y controlar la investigación. Por el contrario, al modelo acusatorio se lo define a partir de la trascendencia que le da a las garantías del imputado, de separar las tres funciones —acusar, defender y juzgar— y de exigir un proceso contradictorio, público y oral. De cualquier modo, estos modelos difícilmente pueden encontrarse en estado puro, existiendo principalmente sistemas mixtos (Cafferata, 1992; Levene, 1993).

Al ser la reforma de 1998 de gran magnitud, sus impulsores admitieron que el cambio normativo no iba a ser suficiente para lograr el funcionamiento apropiado del incipiente sistema acusatorio. En concreto, afirmaron que, al ir implementándose dichas modificaciones, resultaría imperioso efectuar nuevos ajustes. Uno de estos ajustes se dio en el año 2004 con la Ley 13183,<sup>1</sup> que, entre otras innovaciones, introdujo el ‘procedimiento en caso de flagrancia’. En los fundamentos de esta ley se encuentran expuestos como propósitos: a) optimizar las intervenciones estatales del sistema penal bonaerense, otorgándoles mayor eficacia, sin detrimento de las garantías individuales; y b) simplificar el trámite y acelerar los procesos, mediante la mejor coordinación de la actividad de las partes, la concentración de peticiones y la simplificación de las formalidades. Específicamente, la Ley 13183 propició la utilización de criterios de oportunidad —como el archivo de actuaciones o la suspensión del juicio a prueba— y de procedimientos simplificados —como el juicio abreviado y el procedimiento en caso de flagrancia mencionado—.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires* el 16 de abril de 2004.

<sup>2</sup> Con estos criterios de oportunidad y procedimientos simplificados, se buscó resolver los

Según el CPP de la PBA, existe flagrancia cuando el autor de un hecho delictivo es sorprendido a) en el momento de cometerlo o inmediatamente después, b) mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, c) con objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito (art. 154).<sup>3</sup> Y es para este tipo de casos que se previó el proceso de flagrancia, siempre que los delitos sean dolosos y su pena máxima no exceda los quince años de prisión o reclusión, o que, tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere esa cantidad de años (art. 284 bis). El trámite que sigue este proceso puede esquematizarse del siguiente modo:

- Al conocer el fiscal sobre la aprehensión de una persona, tiene 48 horas<sup>4</sup> para declarar si el caso será investigado dentro del proceso de flagrancia, y, si fuera pertinente, solicitar al juez de garantías (en adelante, JG) que transforme la aprehensión en detención.<sup>5</sup> Esta declaración deberá notificarse a la defensa inmediatamente; en caso de que exista discrepancia sobre si se trata o no de un delito en flagrancia, se especificarán los motivos y fundamentos de tal desacuerdo. La decisión sobre este desacuerdo solo puede tomarla el JG, dentro de las 48 horas de realizada la notificación (art. 284 ter).

---

conflictos de poca relevancia y de prueba sencilla, para de esa manera destinar mayores recursos institucionales a las investigaciones más dificultosas, como, por ejemplo, el crimen organizado.

<sup>3</sup> Para un enfoque integral de la cuestión, remitimos a la lectura de los artículos 153, 155 y 156 del CPP.

<sup>4</sup> El CPP de la PBA establece que este plazo puede extenderse por medio de una resolución fundada, si bien no especifica cuánto puede extenderse.

<sup>5</sup> Según el artículo 151 del CPP, “[...] el juez librará orden de detención [...] siempre que existan elementos suficientes o indicios vehementes de la comisión de un delito y motivos bastantes para sospechar que ha participado en su comisión. La orden será escrita y fundada, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y el hecho que se le atribuye, juez y fiscal que intervienen y será notificada en el momento de ejecutarse inmediatamente después [...]. No procederá la detención cuando al hecho imputado le corresponda una pena que no supere, en su término medio, entre el mínimo y el máximo previstos, los tres (3) años de privación de la libertad o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto y cuando de las circunstancias del hecho, y de las características y antecedentes personales del procesado, resulte probable que le pueda corresponder condena de ejecución condicional. Sin embargo, se dispondrá su detención cuando registre una condena anterior que impida una segunda condena condicional o hubiere motivos para presumir que no cumplirá la orden o intentará alterar los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con terceros o inducirá a falsas declaraciones [...]”.

- Si el caso queda comprendido dentro del proceso de flagrancia, el fiscal deberá disponer la identificación inmediata del imputado y solicitar la certificación de sus antecedentes, la información ambiental y cumplir con las pericias que resulten necesarias para completar la investigación, todo en un término no mayor de 20 días desde la aprehensión, el que podrá ser prorrogado a requerimiento del agente fiscal por 20 días más por resolución fundada del JG (art. 284 quater).<sup>6</sup>
- Dentro del plazo indicado —20 días, prorrogables por otros 20—, el fiscal, el imputado y su defensor estarán en condiciones de solicitarle al JG la resolución del proceso sin llegar al juicio ordinario, como, por ejemplo, la suspensión de juicio a prueba, el juicio abreviado o el juicio directísimo, según corresponda.
- Transcurrido ese lapso de tiempo, sin que las partes requieran otro tipo de resolución del proceso, el fiscal procederá en el término de cinco días a formular por escrito la requisitoria de elevación a juicio, y al mismo tiempo, si el imputado se encontrare detenido, solicitar la prisión preventiva (art. 284 sexies).
- Como consecuencia, la reducción de los tiempos en la etapa de investigación es considerable, ya que de un plazo de diez meses —en el proceso ordinario— se propone en el de flagrancia uno de 40 días. También existe una disminución en los plazos para llegar al juicio: en el proceso ordinario no existen límites específicos de tiempo, y en el de flagrancia, el tope es de 60 días.<sup>7</sup> En palabras de Iud y Hazan, “[...] una persona acusada de un delito que fue sorprendida en flagrancia debe ser llevada a juicio en un plazo máximo de 100 días” (2008, p. 231).<sup>8</sup>

<sup>6</sup> En la redacción de la Ley 13183, el plazo era de quince días no prorrogables. La Ley 13260 de diciembre de 2004 estipuló los 20 días prorrogables por otros 20.

<sup>7</sup> Este plazo fue estipulado en el artículo 17 de la Ley 13811, posterior a la 13183.

<sup>8</sup> Iud y Hazan consideran que hay relación entre el uso de la PP y la reducción de los plazos: “El principal factor de incidencia en la reducción de la prisión preventiva en el marco del plan de flagrancia ha sido la drástica disminución de los plazos [...]. En este sentido, las prisiones preventivas se suelen resolver en la audiencia de finalización, en el mismo acto en que la causa es elevada a juicio, por lo que duran aproximadamente los 100 días que en promedio debe llevar el proceso de flagrancia hasta la elevación a juicio. Por supuesto, ello no implica que las personas sean liberadas, ya que en los juicios pueden ser condenados y ése es el resultado casi ineluctable de los juicios abreviados” (2008, pp. 250-251).

Si bien este procedimiento establecido por la Ley 13183 propuso cambios, mantuvo sin modificaciones la manera en que debía desarrollarse la tramitación para los casos de flagrancia, que era por escrito y haciendo uso del expediente. Por lo tanto, esta ley conservaba el procedimiento escriturario, paralizando el avance de la oralidad —que es considerada uno de los pilares del sistema acusatorio— y de las audiencias —que es la instancia donde la oralidad puede concretarse— que la reforma al CPP de la PBA de 1998 había buscado impulsar.

### ***1.1. Afianzando el modelo acusatorio***

Para intentar promover la oralidad y las audiencias, en diciembre de 2004 se llevó a cabo un acuerdo firmado por la Procuración General de la PBA, el Ministerio de Justicia, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante, CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (en adelante, Inecip), al que posteriormente se adhirió la Suprema Corte de la PBA. Este acuerdo se fundamentó en la necesidad de consolidar el sistema acusatorio implementado en la PBA seis años antes, y que se había visto obstaculizado por inconvenientes técnicos y operativos, entre los que el CEJA y el Inecip destacaron:

- La carencia o debilidad de los sistemas de información del poder judicial (en adelante, PJ).
- Como consecuencia del punto anterior, la imposibilidad de tomar decisiones institucionales estratégicas para una política criminal sensata.
- La ausencia de una práctica de realización de audiencias orales y públicas en la investigación penal preparatoria (en adelante, IPP), especialmente para el control de las medidas de coerción.
- La falta de un sistema de gestión que organice dichas audiencias con la presencia de todos los operadores.

El CEJA y el Inecip, ambos encargados del apoyo técnico del convenio, afirmaron en un documento presentado dos años después que

[...] el objetivo general del proyecto fue el de profundizar el proceso de implementación del sistema acusatorio que había sido introducido

en la reforma del año 1998. Con este propósito se pretendió incorporar la metodología de audiencias orales tempranas frente al juez de garantías como mecanismo destinado a fortalecer los valores originales de la reforma, [y desactivar] los incentivos opuestos que operaban en el marco del sistema escrito que tenían relación con la falta de contacto directo entre el imputado y el juez, [...] y que banalizaba la violencia que implica una prisión preventiva (2006, pp. 49-59).

Las audiencias tempranas, que son aquellas que anteceden a la etapa del juicio, fueron las que este convenio utilizó para materializar el avance de la oralidad. Estas audiencias comenzaron a implementarse por intermedio de un plan piloto destinado al fortalecimiento del sistema acusatorio en el Departamento Judicial de Mar del Plata.<sup>9</sup> Como indican Gómez Urso y Paolini (2008), este plan piloto fue el primer resultado del convenio firmado por los organismos y las entidades mencionados antes. Y a partir del 4 de julio de 2005, se llevaron adelante las primeras audiencias del plan piloto coordinadas por la Oficina de Gestión de Audiencias de Flagrancia (en adelante, OGA), creada para ese fin.<sup>10</sup>

Cuando entrevistamos a quien fue coordinador del plan piloto, además de subdirector del Inecip en aquella época, justificó la elección del lugar de la siguiente manera:

A fines de 2004 Mar del Plata fue pensado como un buen lugar para llevar adelante la profundización del sistema acusatorio por varias razones: no era un departamento judicial del conurbano. Por la complejidad que tienen estos departamentos no era bueno empezar por ahí. Además el sistema de justicia de Mar del Plata tiene un alto nivel profesional, buen nivel académico en general de los funcionarios. Había buenos interlocutores, había un buen contexto.

<sup>9</sup> El plan piloto es resultado de la importación de la experiencia desarrollada en Chile previamente. En este país se encuentra la sede del CEJA, uno de los principales impulsores de la profundización, cuyo financiamiento está a cargo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por su sigla en inglés) (Langer, 2009; Duce y Riego, 2010).

<sup>10</sup> El objetivo más importante de esta dependencia es programar y ejecutar las diligencias adecuadas para armonizar las agendas de los JG a un tiempo con la de los defensores y fiscales, persiguiendo que puedan llevarse a cabo las audiencias que son planificadas diariamente en esta oficina (Piñero, 2007). Con la Ley 13811, la actividad de la OGA quedó regulada en su artículo 4°.



Al considerarse auspiciosos los resultados de la puesta en práctica del plan piloto en Mar del Plata, se firmó un nuevo convenio a través del cual se promovió la extensión progresiva de la experiencia para casos de flagrancia al resto de los departamentos judiciales bonaerenses hasta abarcar toda la PBA.<sup>11</sup>

En diciembre de 2007 se elaboró un protocolo de actuación para los casos declarados en flagrancia,<sup>12</sup> que posteriormente fue sugerido como proyecto ante la legislatura de la PBA, siendo promulgado por medio de la Ley 13811.<sup>13</sup> Esto último significa que, al contrario de lo que suele suceder en el PJ, la reforma legislativa que comenzó a regular el procedimiento para los casos de flagrancia fue producto de los cambios que habían promovido en la práctica los operadores jurídicos, a partir del plan piloto llevado a cabo en Mar del Plata desde julio de 2005 y progresivamente extendido al territorio provincial. De hecho, en los fundamentos de la Ley 13811 se afirma que el objetivo es “la normativización de aquellas prácticas que se han demostrado como más efectivas y que han gozado del mayor consenso de los operadores del sistema en los distintos lugares donde se lleva adelante la experiencia, de modo que su convalidación legislativa resultaría sumamente útil para la extensión y consolidación del sistema acusatorio de la provincia de Buenos Aires”.

Más concretamente, ocurrió que la reglamentación legal refrendó las prácticas que los actores judiciales del proceso de flagrancia habían desplegado previamente, transformándose en obligatoria su aplicación, tanto en los departamentos judiciales de la PBA en los que ya se hubiese puesto en marcha el “Plan para el fortalecimiento del sistema acusatorio” como en los que gradualmente se incorporasen a este (Ley 13811, art. 1º).

<sup>11</sup> En una primera etapa, en Zárate-Campana y San Martín (fines de 2006); y en una segunda, en Necochea y Pergamino (julio de 2007) y La Matanza y Mercedes (agosto de 2007). Los departamentos judiciales donde continuó la paulatina materialización del plan han sido Junín, Trenque Lauquen (noviembre de 2007), Morón y Bahía Blanca (mayo de 2008); en La Plata se implementó en febrero de 2009 (Iud y Hazan, 2008, p. 196).

<sup>12</sup> Este protocolo fue elaborado por miembros del Ministerio de Justicia, de la Procuración General y de magistrados y funcionarios judiciales de diferentes departamentos judiciales.

<sup>13</sup> Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires* el 7 de abril de 2008.

## 2. Hipótesis, objetivos y metodología

Al indagar en los trabajos previos sobre la recepción del proceso de flagrancia en la PBA, consideramos insuficientes los resultados a los que arribaron, puesto que relativizan la importancia que tienen las percepciones de los actores judiciales para entender este fenómeno. En este sentido, la hipótesis que manejamos es que la valoración que hacen dichos actores sobre el proceso no es homogénea, y que reflexionar acerca de estas variantes puede contribuir a entender mejor el funcionamiento de este proceso de la flagrancia en particular, y de la justicia penal en general.

Los objetivos que nos planteamos han sido caracterizar jurídicamente el ya mencionado proceso de flagrancia en la PBA; agrupar las manifestaciones de los actores judiciales en el marco de las audiencias tempranas acerca de la prisión preventiva (en adelante, PP) por medio de modelos argumentativos; y recuperar los testimonios que al respecto ofrecen los actores judiciales en las entrevistas.

Sobre la metodología que utilizamos, cabe mencionar las entrevistas semiestructuradas a actores judiciales y extrajudiciales, la revisión de legislación y documentos, y la observación de las audiencias por medio de las cuales el proceso de flagrancia se desarrolla. Se trata de una investigación exploratoria dado que intentamos ofrecer un primer aporte desde la sociología de la justicia penal acerca de este tema.

Como parte de investigaciones previas (Kostenwein, 2015a, 2015b, 2105c), efectuamos un total de 46 entrevistas a diferentes operadores jurídicos —en particular defensores, fiscales y JG—<sup>14</sup> en las que les preguntamos por su percepción acerca del proceso de flagrancia. Una cuestión importante es que todos los operadores consultados habían comenzado a trabajar en el PJ antes de que se implementaran las audiencias tempranas en la etapa de investigación dentro del proceso de flagrancia mencionado. Esto significa que fueron testigos de los cambios suscitados por el plan piloto desarrollado en Mar del Plata, y la posterior promulgación de la Ley 13811.

<sup>14</sup> Se trata de actores judiciales pertenecientes al PJ de la PBA. Las entrevistas fueron gestionadas previamente por informantes clave y realizadas personalmente. Todas ellas se efectuaron en el lugar de trabajo, excepto a un defensor y un experto en seguridad, llevadas a cabo en sus respectivas casas.

### 3. Principales resultados

#### 3.1. Los actores judiciales y el proceso de flagrancia

Como primer resultado de las entrevistas, pudimos constatar que el lugar que los actores tienen en la división judicial del trabajo condiciona, por encima de otros factores, su percepción del proceso de flagrancia. En concreto, los defensores son quienes han mostrado mayor escepticismo frente a las consecuencias de dicho proceso, enfatizando primordialmente el sesgo clasista de los delitos que pueden encuadrarse dentro de este proceso.

De flagrancia pregúntate lo siguiente: ¿quién puede cometer esos delitos?, ¿quién puede probar esos delitos?, ¿cuál es el objetivo de esa criminalización? [...] Nosotros condenamos pobres, y eso siempre fue así. Con la flagrancia se los condena en menos tiempo, con menos costo. Me pueden decir que la finalidad de flagrancia es altruista, pero la realidad es que condena más rápido y con menores costos. Igual es lo que dicen: vos lees la exposición de motivos, y están diciendo eso. Además, dicen que la oralidad garantiza mejores sentencias de los jueces. ¡¿Qué?! La oralidad es una forma de comunicarse, nada más, que no garantiza que los jueces dicten mejores sentencias (defensor oficial del Departamento Judicial de Quilmes).

Algunos defensores han señalado como rasgo elogiado de las audiencias tempranas la inmediatez con el JG y con el fiscal, junto con las ventajas de la oralidad. En particular, cierto número de defensores valoraron positivamente que el JG deba decidir sobre la concesión o denegación de la PP teniendo en frente al imputado. Sin embargo, estas bondades fueron consideradas subsidiarias en torno a los perjuicios que acarrea el proceso de flagrancia. Este planteamiento encuentra correspondencia con la conclusión de Ciocchini (2013), quien en su trabajo sobre la demora en la justicia penal bonaerense afirma que, de los actores judiciales consultados, aquellos que se mostraron más reticentes al proceso de flagrancia fueron los defensores. Según este autor, dichos actores judiciales señalaron que los procedimientos de flagrancia “incrementan la eficacia

de la *picadora de carne* al *macdonalzar*<sup>15</sup> la justicia” (2013, pp. 186-187), ubicando a la eficacia —en tanto capacidad de procesar más casos en menos tiempo— por sobre el respeto de la garantías procesales de los casos individuales. Como consecuencia, se focaliza en el tratamiento de los hechos delictivos de resolución más sencilla que permiten mostrar mayor eficiencia estadística. A esto se añade que, por el tipo de delito que se persigue por medio de este proceso, se tiende a legitimar la actuación policial. En definitiva, y aun con los matices que mencionamos hace un instante,<sup>16</sup> las objeciones más severas a dicho proceso de flagrancia provienen de estos actores judiciales.

Los JG, por su parte, son quienes destacan las virtudes y desventajas del proceso de flagrancia sin poner, categóricamente, a unas por encima de las otras. Elogian la oralidad en las audiencias, la posibilidad de dialogar con el imputado, junto a la conveniencia de resolver en poco tiempo delitos con pruebas irrefutables. Critican el uso político que se ha hecho de este proceso, la profundización de la selectividad del sistema penal, el debilitamiento de las garantías procesales y la gran cantidad de reincidencias que provoca, fundamentalmente de personas jóvenes.

Lo que este proceso buscó fue reforzar la intermediación, garantizar al imputado que tuviese al juez en frente y que viera cómo lo defendía su defensor. También se buscaba que el juez resolviera en un lenguaje sencillo, y que supuestamente reduciría el tiempo de prisión preventiva

<sup>15</sup> Este argumento ha sido planteado, entre otros, por Gabriel Ganon, quien en 2006 —cuando era defensor general del Departamento Judicial de San Nicolás de la PBA— publicó un trabajo que tuvo repercusión hacia dentro del PJ: “¿La macdonaldización del sistema de justicia criminal?”. En este último se afirma que los planes reformistas utilizan con demasiada insistencia las palabras sistemas, racionalización, capacitación, control de gestión y gerenciamiento de recursos materiales y humanos. Esto evidencia, según el autor, el surgimiento de nuevas estrategias destinadas a implementar modelos de eficiencia y estandarización, contrarios a las necesidades particulares que posee cada caso que llega a la justicia.

<sup>16</sup> Cabe agregar que en un informe del CEJA y del Inecip se presentan a defensores conformes con el proceso de flagrancia: “En línea con esta percepción, uno de los defensores entrevistados afirmó que *con las audiencias se fortalece la igualdad de armas, gracias a la posibilidad de plantear directamente frente al juez las cosas; antes tenía que esperar al debate para poder discutir algo e introducir elementos de pruebas [...]*. En particular, varios defensores señalaron que sienten que tienen mayor capacidad de incidir en la decisión del juez con una buena exposición en una audiencia antes que con un excelente escrito” (2006, pp. 242-245). Para esta investigación, el CEJA y el Inecip entrevistaron a un total de siete defensores provenientes de los departamentos judiciales de Mar del Plata, San Martín, Zárate-Campana, Necochea, La Matanza, Pergamino y Mercedes.

[...]. Estas eran las metas, y algunas se cumplen: el juez ya no delega y decide él. El fiscal tiene que argumentar en la audiencia de excarcelación por qué quiere la prisión preventiva. Pero también pasó que el titular del diario, después de la primera audiencia de flagrancia en Mar del Plata, no fue que *El procesado había podido ver cómo su defensor trabajaba*. Fue, y esto me lo acuerdo, *Hace tres días robó, y ya lo condenaron a 5 años*. Me parece que hubo una dualidad entre las buenas intenciones de las ONG y los actores judiciales que participaron de esto. Pero, por otro lado, la utilización política, claramente vinculada a la cuestión de la seguridad. Es decir, la idea de que ya no entran y salen fácilmente, sino que logramos condenarlos inmediatamente. Me parece que hay dos lecturas posibles. Y más allá de estas finalidades programadas que sí se lograron, el resto no se logró nada. Me parece que la prisión preventiva no se redujo, y los recursos para los delitos complejos no aumentaron como se preveía (JG del Departamento Judicial de Mar del Plata).

Los JG son quienes manifestaron mayor moderación en sus testimonios a la hora de evaluar las consecuencias de la agilización de las sentencias, alertando sobre la tergiversación oportunista que la clase política puede provocar sobre esta. Según estos actores, la trayectoria del proceso de flagrancia debe ser analizada con base en la tensión que existe entre la eficiencia de la administración de justicia penal y el respeto a las garantías constitucionales de los ciudadanos. En síntesis, que no es insignificante en la administración de justicia darle más importancia a la *administración* que dársela a la *justicia*.

A su vez, los fiscales ofrecieron el mayor apoyo al proceso de flagrancia. Dichos actores se mostraron más permeables que los defensores y los JG a los discursos de los programas reformadores que, desde fines de 2004, promovieron la implementación de las audiencias tempranas. En otras palabras, los fiscales son quienes más han respaldado los planteos reformistas, tal como lo muestran las siguientes expresiones.

Oralidad y celeridad son las dos notas características del proceso. La celeridad porque es algo que siempre se le discute a la justicia. Por su lentitud en la resolución de los casos. La justicia lenta no es justicia, y eso hizo que la gente pierda la credibilidad en el sistema. Y con flagrancia te das cuenta que estás dando una respuesta es ágil, a la mayor brevedad

posible. En cien días, a más tardar, tenés que tener el caso resuelto. Nosotros tuvimos algunos casos que a los tres días del hecho, llegamos a una sentencia condenatoria firme con declaración de reincidencia. Y así la gente vuelva a confiar en la justicia, porque llama la víctima para averiguar cómo sigue la causa, y le decimos que ya está la sentencia y se sorprende. En el otro sistema, el juicio llegaba a los tres o cuatro años del hecho, la gente se olvidaba, y lo mismo la policía que interviene en mil procedimientos, después no se acuerda de uno en particular. Y además en lo correccional<sup>17</sup> nadie terminaba condenado porque todo prescribía. Con el proceso de flagrancia todos terminan condenados. Y también te decía la oralidad, que exige que estén todos los protagonistas y que se vean cara a cara. El juez decide en la audiencia, no va a ir su secretario a decidir. Mirándole la cara al imputado. No es lo mismo denegar la excarcelación por escrito que mirando al imputado a la cara (fiscal de instrucción del Departamento Judicial de La Plata).

Si bien existen algunos reparos sobre los beneficios del proceso de flagrancia,<sup>18</sup> los fiscales han esgrimido una nomenclatura —celeridad, agilidad, eficiencia, brevedad, utilidad— análoga a la que ofrecieron, para su promoción, los discursos reformadores de la justicia penal —eficacia, acortamiento en la duración de los procesos, resolución en etapas muy tempranas, decisiones estratégicas rápidas—. Un caso concreto de estos programas reformadores es el del CEJA y el Inecip, que plantearon en un informe sobre el plan piloto llevado a cabo en Mar del Plata que

la eficacia en el funcionamiento del sistema se pretendía que esta aumentara por la vía del acortamiento sustancial de la duración de los procedimientos [...]. En el caso de que el resultado fuera un juicio oral se pretendió llegar a esta etapa rápidamente. Para los demás casos

<sup>17</sup> Según el artículo 24 del CPP de la PBA, el juez en lo correccional conocerá en los delitos que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis años. Por encima de ese tiempo de condena, intervienen los tribunales criminales.

<sup>18</sup> Podemos citar como ejemplo de la relativización de las ventajas de estar frente al imputado las palabras de un fiscal: “Con el proceso de flagrancia, disminuyó el uso de la prisión preventiva. El hecho de la oralidad, de enfrentar al imputado con el juez, tener contacto con los imputados, tener contacto con la familia. Eso hace que los jueces, en algunos casos, lo mediten de otra manera, previo a decidir. Igual yo no estoy de acuerdo, porque en veinte minutos no podés establecer si una persona va o no a someterse a proceso, no son datos objetivos, por lo que en algunos casos va a beneficiar a alguien y en otros va a perjudicar”.

en que aparecían viables otras formas de solución del conflicto, se buscó que las audiencias las hicieran operativas en etapas muy tempranas del procedimiento. En todos los casos se pretendió que las audiencias orales obligaran a los fiscales y defensores a analizar en profundidad el caso y a tomar sus decisiones estratégicas prontamente, evitando así la prolongación innecesaria de casos sencillos de resolver (2006, p. 49).

Esto último permite apreciar la exitosa penetración que tuvieron dichos programas en este sector del campo judicial, logrando que tanto 'las víctimas' como 'la demanda de la sociedad' ocupen un lugar central en la validación de los cambios de prácticas. Aquí parece más clara la decantación por la *administración* que por la *justicia*.

Resumiendo, podemos señalar de qué manera valoran los actores judiciales el proceso de flagrancia por medio del cual se implementaron las audiencias tempranas en las que se decide la conveniencia o no de utilizar la PP. En este sentido, la apreciación de dichos actores está orientada, fundamentalmente, por la posición que tienen en la división judicial del trabajo. Los defensores son quienes expresaron las críticas más severas; los JG, quienes exhibieron mayor moderación entre las virtudes y los inconvenientes; y los fiscales, quienes se manifestaron más conformes, empleando incluso una terminología similar a la que utilizaron los discursos reformadores para su promoción.

### **3.2. Audiencias y encarcelamiento preventivo**

Tal como lo hemos sugerido, la consolidación del proceso de flagrancia en la PBA y su expansión a partir del plan piloto llevado a cabo en el Departamento Judicial de Mar del Plata estuvieron apoyados en la implementación de las audiencias tempranas. Para analizar dichas audiencias, tomaremos como cuestión central a la PP, es decir que el pedido, concesión o denegación de la medida cautelar orientará las caracterizaciones que hagamos respecto de las audiencias. Como se podrá ir advirtiendo, esto no solo implica un cambio en la dinámica tradicional respecto al uso de la PP en los expedientes, sino también una nueva configuración en las estrategias en torno al encierro preventivo: al tratarse de un marco de enunciación nuevo, las audiencias generan en los actores

modificaciones a la hora de organizar y presentar sus argumentos. Tal como afirma Chateauraynaud, “según los interlocutores, según el tipo de audiencia presente, según el grado de simetría de los intercambios entre los protagonistas, somos llevados a decir cosas diferentes teniendo por objetivo decir esencialmente lo mismo, o mejor dicho, defendiendo los mismos intereses y representaciones” (2005, p. 9).

A partir de lo que hemos observado, describiremos las audiencias dentro del proceso de flagrancia en las que se decide la aplicación o el rechazo de la PP.

### 3.3. *Obrar pronto y buscar la verdad*

La finalidad práctica del proceso penal en general, y del de flagrancia en particular, es la declaración de certeza de la verdad respecto a los hechos investigados, junto a la aplicación de sus consecuencias jurídicas.<sup>19</sup> Como consecuencia, las audiencias deben contribuir para que dicha certeza se alcance. En el caso de las audiencias de flagrancia, estas se celebran en salas cuyas dimensiones varían según los distintos departamentos judiciales de la PBA, si bien guardan semejanza en la ubicación espacial de los actores. Al ingresar a ellas, se observa un estrado que se sitúa al fondo —y en el centro— del lugar. Allí se ubica el JG con su secretario, mirando hacia la entrada. A su izquierda están sentados, tras un escritorio, la defensa y el imputado del proceso. Y a su derecha, tras otro escritorio, el representante del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF). Defensa —e imputado— y MPF se encuentran enfrentados entre sí. Alejándose del estrado, y más próximas a la entrada de la sala, hay algunas hileras de sillas en las que se sientan los concurrentes, que por lo general son familiares de los imputados.

<sup>19</sup> En el derecho procesal penal, la verdad es la identidad o avenencia entre *lo* que pensamos y aquello *sobre* lo que pensamos, o bien, entre nuestra representación de un hecho determinado y su realidad ontológica. En estos términos, alcanzamos la verdad cuando la relación de conocimiento que existe entre un sujeto cognoscente y un objeto cognoscible concluye exitosamente. El proceso judicial en general, y el de flagrancia en especial, se hallan atravesados por esta problemática, ya que ambos son, “en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines [...] consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto de procedimiento” (Maier, 1989, pp. 565-566).



El registro de lo que se expone en las audiencias se realiza por medio de un sistema digital de audio que graba las declaraciones de los participantes, desde el inicio hasta su finalización. Según los partidarios del proceso de flagrancia, este tipo de registro supone “un cambio de paradigma sobre la forma de los actos procesales, que pone en jaque mate a la cultura del expediente judicial [y] refuerza la práctica ligada a la necesidad de resolver en la propia audiencia y sin mediaciones escritas que suelen distorsionar lo acontecido o recortar la realidad” (Tapia, 2012, pp. 10-12).

Otra de las innovaciones de estas audiencias es que son multipropósitos (Ley 13811, art. 7º). Esto significa que, si bien cada una de las tres audiencias posibles<sup>20</sup> tiene asignado un objetivo particular, existe la posibilidad de proponer en cualquiera de ellas los institutos procesales admisibles (suspensión de juicio a prueba, juicio abreviado, cese de la PP u otra medida de coerción, etc.), por lo que en definitiva hay un mínimo de una audiencia, y un máximo de tres.

El inicio de estas está marcado por la introducción que lleva adelante el JG, en la que deja constancia del día y la hora de realización de esta y el número de IPP. Luego se nombra a los sujetos presentes en ella: fiscal, defensor e imputado, a quien se le consulta por su nombre y apellido, DNI, domicilio, trabajo y conformación del grupo familiar. Esto último, como ya lo dijimos al hablar de los expedientes, es lo que configura su situación de arraigo, y que puede llegar a ser importante para decidir sobre el otorgamiento de la PP u otra medida de coerción.

En casi la totalidad de las audiencias que presenciamos, los JG informaron a los imputados, en un lenguaje sencillo, el motivo por el que se los estaba investigando. En algunos de estos casos, además, los JG les dijeron a los imputados que podían formular preguntas en caso de no entender las cuestiones que se estaban debatiendo. Según afirma Riquert, las audiencias son

un entorno de mayor calidad en términos de garantías porque permite al imputado ver al juez, escuchar al fiscal, percibir la calidad de

<sup>20</sup> Las tres audiencias posibles son la de control de las condiciones de detención, la de excarcelación y posibles acuerdos, y la de finalización.

su defensa y ser oído antes de resolver. También en su favor se cuenta que su situación es resuelta con rapidez y cesa su estado de incertidumbre. Finalmente, en caso de condena, el *quantum* de la pena responde al hecho y no a legitimar el tiempo pasado en prisión preventiva [...]. Dicho con brutalidad pero en forma realista: si el imputado lleva 10 meses detenido en prisión preventiva, ningún fiscal va a consensuar una pena menor a ese lapso aun cuando el hecho lo mereciera. En cuanto a la víctima, la audiencia es un lugar donde recibe mejor calidad de información, donde sus intereses son atendidos con mayor celeridad y donde puede participar en tiempo oportuno de modos alternativos de resolución del conflicto que, probablemente, satisfagan mejor sus expectativas (2008, p. 3).

Queda claro que una manifestación de este tipo procura resaltar los atributos positivos de las audiencias, y los del sistema acusatorio en general, en detrimento del expediente y el sistema inquisitivo. En consecuencia, no tiene el propósito de describir y analizar las audiencias como un espacio complejo en el cual existen acuerdos y disputas, como, por ejemplo, respecto al uso de la PP.

A partir de nuestras observaciones, consideramos que la ‘mayor calidad’ para las garantías del imputado en las audiencias no es algo que pueda declamarse de forma genérica, o algo que necesariamente se desprenda de la intermediación entre los actores judiciales y el imputado. Este último, usualmente, tiene un nivel de participación efectiva muy baja, por lo que sus expresiones se limitan a locuciones monosilábicas como “sí” o “no”. Tampoco la celeridad con la que se decide la situación procesal del imputado puede considerarse, en sí misma, un salto de calidad respecto al expediente. Si bien esto será profundizado en uno de los modelos de argumentación, podemos anticipar que en algunos casos, so pretexto de la mayor rapidez, los actores judiciales convalidan en las audiencias encierros preventivos muy débilmente fundamentados. En este sentido, fiscales y JG suelen repetir argumentos del tipo “no será demasiado el tiempo en el que se realizarán las pericias” o “ello en atención al breve plazo procesal que tiene como fecha de culminación un proceso de flagrancia”. Esto significa que la celeridad, en determinadas ocasiones, es empleada para validar —y no para restringir— el uso de la PP.

Respecto a la presión que podría generar en el fiscal el tiempo transcurrido bajo encierro preventivo sobre el monto de la pena por solicitar, no es posible combatirlo a partir de la utilización o no de las audiencias. Hay que tener en cuenta que, si como sugiere Riquert, “ningún fiscal consensúa una pena menor al lapso que el imputado estuvo detenido en prisión preventiva, aun cuando el hecho lo mereciera”, dichos fiscales lo hacen porque existe un entramado de relaciones y negociaciones en las cuales también están involucrados defensores y JG —además de lo que opine al respecto el mismo imputado—. En definitiva, lo que el fiscal pretenda consensuar sobre el monto de la pena no está únicamente restringido al tiempo en PP del imputado, sino a elementos institucionales que afectan a todos los actores judiciales.

Por último, acerca del lugar de las víctimas, lo que pudimos comprobar a partir de las audiencias que presenciamos, es que su intervención resultó prácticamente nula. Solo en una de ellas, víctima e imputado compartieron la sala. Si bien no podemos ofrecer una conclusión inequívoca al respecto, es importante destacar que el absentismo en las instancias judiciales de los damnificados es un fenómeno que excede el ámbito de las audiencias de flagrancia.

### **3.4. Nuestras audiencias**

La principal característica de los trabajos que presentamos en el apartado anterior es que no indagan acerca de la manera en que se justifica, dentro de las audiencias, el uso de la PP. Esto impide conocer específicamente qué tipo de argumentos ofrecen los actores judiciales para respaldar sus posturas acerca de dicha medida cautelar.

Nuestras observaciones se realizaron en 47 audiencias pertenecientes a los departamentos judiciales de Mar del Plata, Quilmes y La Plata, en las cuales hubo 64 imputados, 3 de los cuales fueron mujeres. Los imputados reincidentes fueron 19, y 49 eran menores de 30 años. Empleo estable poseían 17. Respecto a los ilícitos, se trataba de 32 casos de robo —6 simples y 26 agravados—, 3 vinculados a tenencia y 6 a portación de armas, y 6 sobre lesiones. Vale recordar que en el proceso de flagrancia solo pueden investigarse delitos dolosos cuya pena máxima no exceda

los quince años de prisión o reclusión, o tratándose de un concurso de delitos, que ninguno de ellos supere dicho monto.

Para analizar el uso de la PP, las audiencias se agruparán de acuerdo con cuatro modelos o “gramáticas argumentativas” (Chateauraynaud, 2005), que permitan localizar y documentar las justificaciones de los actores judiciales. Esto facilitará el estudio comparativo de los fundamentos con los cuales tales actores despliegan la medida cautelar al solicitarla, aceptarla o denegarla.

Siguiendo el enfoque propuesto por Boltanski (2009) 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 por realizar, y no como producto de fuerzas judiciales —o extrajudiciales— inscriptas de manera irreversible en los hábitos de los operadores jurídicos, predispuestas a funcionar en cualquier circunstancia (Latour, 2008).

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 las audiencias según las normas jurídicas. De esta forma, dichas audiencias serán introducidas 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.

### *3.4.1. Argumentos con base en la velocidad*

El primer modelo de argumentación es el que ofrece un acuerdo<sup>21</sup> entre el JG y el fiscal para conceder la PP, respaldado en la rapidez del proceso de flagrancia. Cabe decir que se trata de un fundamento que ambos actores judiciales complementan con otros indicios que permiten pronosticar los peligros procesales, como, por ejemplo, la PEE, la reincidencia, la gravedad del delito, y de ese modo denegar la excarcelación del imputado. Sin embargo, en estos casos la velocidad se muestra con un alcance inusitado. En otras palabras, a partir del proceso de flagrancia

<sup>21</sup> El acuerdo entre el JG y el fiscal se produce en detrimento del pedido excarcelatorio del defensor.

y no antes, empieza a consolidarse como argumento la velocidad a la hora de validar el uso de la PP.

Las manifestaciones que acabamos de transcribir de los actores judiciales, expuestas en un total de 11 audiencias, permiten comprobar cómo los ejes de velocidad y brevedad, sobre los cuales se promocionó el proceso de flagrancia, han sido adoptados y adaptados junto a los peligros procesales para justificar el uso de la PP.

Como ejemplo de estos ejes están los fundamentos de las leyes 13183, 13260 y 13811, en los que se habla de optimizar y dar mayor eficacia a las intervenciones estatales del sistema procesal penal, de allanar el trámite y acelerar los procesos, simplificando y agilizando las formalidades y las tomas de decisiones. En segundo lugar, están las publicaciones afines al procedimiento de flagrancia que manifiestan que, si algún acusado exhibiese riesgos procesales, pasar bajo PP entre 20 y 40 días —que es lo que dura la etapa de investigación— no resultaría descabellado o excesivo. Según Gómez Urso y Paolini, “si el imputado está por un delito grave, por ejemplo, con una pena mínima superior a los tres años de prisión, o si, aun con una pena menor, no es probable una condena de ejecución condicional, o si será declarado reincidente, etc., el encierro por veinte o hasta cuarenta días se muestra ‘razonable’ si hablamos de tiempo de detención en perspectiva de aquellos parámetros” (2008, pp. 90-91).<sup>22</sup>

Por último, se pueden observar los informes del Inecip y del CEJA, en los que se considera que la rapidez del proceso de flagrancia disminuye el uso de la PP, porque tanto JG como fiscales tienen más confianza en localizar a los imputados cuando sea requerida su comparecencia.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> En esta cita se muestra cómo la velocidad y la PP se articulan. En la práctica, la solicitud de esta medida cautelar, por supuesto si no media otro arreglo alternativo —juicio abreviado, suspensión de juicio a prueba—, se lleva adelante generalmente en la audiencia de finalización de la investigación, junto con la requisitoria de elevación a juicio, lo cual puede tardar unos 45 días desde la aprehensión del acusado (Gómez Urso y Paolini, 2008, p. 92). Esto último supone una paradoja: mientras que en el proceso ordinario el plazo para solicitar la PP es de 30 días (art. 158), en el sumarísimo proceso de flagrancia, el límite se extiende quince días más (art. 284 sexies).

<sup>23</sup> Según uno de los informes del CEJA y del Inecip, “pareciera que la duración del proceso está relacionada con el uso de la prisión preventiva, y cuanto más prolongado se sabe que será el proceso, menos confían los jueces en hallar a los imputados cuando deben comparecer, confiando exclusivamente en la eficiencia de la privación de la libertad para asegurar la realización del juicio, descartando otras opciones cautelares” (2006, pp. 58-59).

En síntesis, este modelo muestra cómo a la hora de justificar el encierro preventivo los actores judiciales apelan al vocabulario con el que el proceso de flagrancia fue impulsado. Y lo hacen, justamente, porque a partir de la llegada de este proceso la velocidad con la que se desarrolla la investigación adquiere un protagonismo que antes no tenía. Pero que, a diferencia de lo que sugieren las publicaciones y los informes que mencionamos hace un instante, la velocidad es utilizada para que la PP se solicite y se conceda.

### 3.4.2. Argumentos con base en las personas

Un segundo modelo de argumentación es el que utiliza como justificación preferentemente a los imputados. En concreto, esto significa que los peligros procesales con los que se respalda la aplicación de la PP son invocados a partir del comportamiento, previo al hecho que se ventila, de las personas a quienes se está investigando.

Este planteamiento no es novedoso en el terreno de la justicia penal. Se pueden encontrar indicios en el positivismo criminológico italiano, de suma influencia en los discursos sobre la criminalidad a partir del último cuarto del siglo XIX. Sin los resabios biologicistas provenientes de esta tradición, la idea acerca de que el componente central es el delincuente —y no el delito—<sup>24</sup> mantiene vigencia en la legislación bonaerense y en la interpretación que hacen de esta los actores judiciales. Y el mismo CPP ofrece criterios para evaluar la peligrosidad<sup>25</sup> procesal a partir de la cual se pueda presumir legítimamente que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. Alguno de los ejemplos mediante los cuales se puede valorar la peligrosidad son las condiciones personales del imputado, la posibilidad de que sea declarado reincidente por delitos dolosos, o de que hubiese gozado de excarcelaciones anteriores (art. 148). Con innegables diferencias respecto a las primeras

<sup>24</sup> Ha sido la escuela penal clásica, considerada germen del pensamiento criminológico por buena parte de la literatura especializada, quien dio preeminencia al tipo jurídico penal o delito (y no al delincuente) en sus análisis.

<sup>25</sup> El origen del concepto de “peligrosidad” surge con Garófalo (1912), representante del positivismo criminológico, quien la consideraba como el reflejo del grado de *temibilitá* de un delincuente. Esta *temibilitá* derivaba de la perversidad constante y activa de un individuo, y de la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte de esa misma persona.

formulaciones deterministas del positivismo criminológico, sigue presente en la legislación —respecto al uso de la PP— la intención de presagiar y combatir la peligrosidad del delincuente.

En este modelo, que apareció en 19 de las 47 audiencias, se puede ver que no se trata de casos de simple reincidencia del imputado, tal cual es definida la reincidencia por la ley.<sup>26</sup> La argumentación a favor de la aplicación de la PP se complementa aquí con elementos vinculados a la peligrosidad, tanto en términos procesales como en términos personales. Esto queda reflejado en afirmaciones como “la actitud del imputado en una causa anterior ha hecho que no pudiese finalizar el proceso por su ausencia”; “los delitos podrían ser excarcelables si el comportamiento del imputado hubiese sido otro”; “la actitud demostrada por el imputado durante un procedimiento anterior permite sostener a esta fiscalía que existen los peligros procesales necesarios para la solicitud de la medida cautelar, y que estos riesgos se mantendrán incólumes durante todo el proceso”; “si bien el delito imputado estaría dentro de las previsiones del artículo 169, inciso 1, del CPP, no son los delitos excarcelables, sino las personas”; “respecto al cambio de calificación, no es importante para incidir en la excarcelación, porque lo que hace que esta no les pueda ser otorgada son, además de la PEE, las circunstancias personales de los imputados”. En definitiva, tal como lo sostiene el estudio “Predicting violence” de Baradaran y McIntyre (2012), para la determinación de la peligrosidad del imputado juega un papel fundamental su comportamiento previo al hecho investigado.

De lo formulado en este modelo, podemos subrayar dos cuestiones. En primer término, que la reincidencia que es esgrimida para justificar el encierro preventivo, lo es como una recaída deliberada e individual en la infracción. Sin embargo, no es interpretada como producto de la ‘ineficacia’ de la institución carcelaria, que, habiendo tenido a la persona recluida, no ha logrado sus objetivos resocializadores (Melossi, 2012). En segundo lugar, que la misma reincidencia es asociada a una peligrosidad difusa, propia de un imputado refractario que no amerita confianza. Tanto

<sup>26</sup> Según el artículo 50 del CP, “habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”.

la reincidencia como la peligrosidad funcionan como un tándem que legitima la aplicación de la PP. Y tal como afirma Pitch, “la idea renovada de peligrosidad ha perdido las connotaciones biológicas positivistas que acarrea originalmente y ha adquirido connotaciones que facilitan la extensión de su uso [...]. Lo que deviene construido como peligrosidad es, precisamente, lo que se presenta como ingobernable e intratable” (2009, pp. 55-61).

En el caso específico de la PP, podemos decir que lo ‘ingobernable’ tiene que ver con el comportamiento futuro e incierto del imputado a raíz del cual su neutralización se muestra como una respuesta eficaz. Y lo ‘intratable’ con el hecho de que una persona acusada de cometer un delito no puede ser pasible de tratamiento como a un infractor condenado porque aún no se sabe jurídicamente si es o no es culpable.

### 3.4.3. Argumentos con base en los delitos

En este modelo es la reciprocidad entre la PP y el delito —sus características y modalidades— la que asume mayor peso a la hora de solicitar y conceder la medida cautelar. Está claro que el delito es fundamental en cualquier proceso, puesto que motiva el inicio de toda IPP. Sin embargo, no siempre es igual de significativo en cuanto a las justificaciones del encierro preventivo.

Si en el modelo anterior sugerimos un resabio del positivismo criminológico, debido a la preeminencia que revelaba la trayectoria y características del imputado, aquí —desde luego con matices nuevamente— existe un paralelismo con la tradición ilustrada.<sup>27</sup> Esta última bregaba por la necesidad de que exista proporcionalidad entre la gravedad del delito cometido y la pena que se inflija a quien sea su autor. Uno de sus referentes, Bentham, sostuvo en *Los principios de la moral y la legislación* que “el valor del castigo no debe ser menor en ningún caso que lo que sea suficiente para superar el del provecho de la ofensa” (2008, p. 172).

La afinidad de la que estamos hablando entre el pensamiento ilustrado sobre el delito y la pena y este modelo surge de la proporcionalidad entre

<sup>27</sup> Para un análisis general de la escuela clásica dentro del pensamiento criminológico, ver Anitua (2006), Baratta (2004), Pavarini (2003) y Taylor, Walton y Young (2001).



la gravedad del delito y las medidas que se toman como consecuencia, sea una pena, sea la PP. Y esta proporcionalidad es utilizada sin que sean decisivos factores personales utilizados en otras IPP, a saber: los antecedentes, el arraigo o la posibilidad de contar con un empleo (Larrauri y Cid Moliné, 2001).

Como veremos a continuación, los argumentos dentro de este tercer modelo tienen sustento en la correspondencia que los actores judiciales observan entre la gravedad de la conducta ilícita, realizada “de una u otra manera por las personas en ejercicio de su libre voluntad”,<sup>28</sup> y la aplicación del encierro preventivo.

En su trabajo *De los delitos y de las penas*, Beccaria aseveraba que los motivos que disuadan a las personas para cometer delitos deben ser más fuertes en la medida que dichos delitos atenten más contra el bien público, y en la medida que existan más estímulos para cometerlos; “debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas” (1993, p. 86).

Por intermedio del equilibrio entre unos y otras, este pensador italiano creía posible contrarrestar las motivaciones de las personas para transgredir las normas jurídicas. En los casos indicados en este modelo, si bien no se pretende *contrarrestar motivaciones* a partir de la proporcionalidad entre el delito y la PP, sí se intenta justificar la necesidad de encerrar cautelarmente a un imputado. Incluso, existen correspondencias con planteos posteriores conocidos como neoclásicos. Von Hirsch, por ejemplo, evalúa la relación concreta entre censura, proporcionalidad y castigo. Este autor considera que la proporcionalidad entre delito y pena debe ser el elemento más importante a la hora de establecer esta última, por ofrecer una guía más o menos practicable de las penas que se van a imponer por la comisión de determinados hechos, y fundamentalmente

<sup>28</sup> Esta cita, perteneciente a Enrico Ferri en su *Sociología criminal*, es utilizada para criticar el presupuesto del libre albedrío en el que abrevaba la escuela clásica: “[...] habiendo admitido como postulado implícito que de la libre voluntad de los hombres depende cometer o no los delitos, realizarlos de una o de otra manera y en más o en menos número, se ha atrofiado y detenido todo otro estudio sobre las causas naturales de este fenómeno social. En desquite, el criminalista clásico sabrá bien decir en qué caso un delito ha quedado en grado de tentativa o frustración y en cuál otro ha sido consumado, agravado o atenuado, y tales conocimientos nos serán también útiles a su tiempo; pero entretanto quedará perplejo y enmudecido ante estos otros problemas más urgentes, de los cuales reclama, sin embargo, la sociedad moderna una solución práctica y eficaz” (1907, p. 17). Para un análisis detallado de los postulados e implicancias del tópico del libre albedrío, en particular en Beccaria, ver Beirne (2002).

por ser ‘éticamente plausible’. Según sus propias palabras, “un sistema penológico debería intentar ser justo —o como mínimo lo menos injusto posible— [propósito estel que subyace en el principio de proporcionalidad” (1998, p. 159). En Von Hirsch, así como en este modelo, el delito asume un lugar central porque es el elemento a partir del cual se evalúa el equilibrio entre la pena y la infracción que se ha cometido, o entre la PP y el hecho que se está investigando.

Además, lo que acabamos de exponer tiene una importancia especial porque, si bien la PP no es una condena en términos estrictos, en este modelo se la justifica de un modo análogo. De hecho, muchos de los informes sobre el encierro preventivo,<sup>29</sup> así como actores judiciales que hemos entrevistado, sostienen que la PP es un “adelanto de pena”, es decir que se la impone en función de la condena que en el futuro podría ser aplicada por el delito que se investiga. En este sentido, la CSJN sostuvo en un renombrado fallo que “la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o la repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser—, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, [...] desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada”.<sup>30</sup>

En definitiva, ocurre en los quince casos pertenecientes a este modelo que la PP es validada a partir de delitos que, por sus características, permiten conjeturar alguno de los riesgos procesales. Y es también por las características de esos hechos investigados que la utilización del encierro preventivo se considera proporcionado.

#### 3.4.4. *Argumentos con base en la policía sospechada*

En el último de los modelos, no se hace lugar a la aplicación de la PP, motivo por el cual analizaremos bajo qué argumentos solicitan los

<sup>29</sup> En el trabajo del Inecip sobre la PP se afirma: “Como ya adelantamos, la utilización de criterios sustantivos enmascarados bajo criterios procesales es moneda corriente en los distintos tribunales del país. El encarcelamiento preventivo sigue funcionando como una forma de castigar el tipo de delito en forma anticipada al medir el peligro procesal bajo el prisma de la pena en expectativa” (2012, p. 40).

<sup>30</sup> Fallo Nápoli, Érika E. y otros, del 22 de diciembre de 1998.

fiscales la PP que luego no será otorgada por los JG, con la particularidad de que en las audiencias están presentes los defensores, quienes incluso pueden intervenir antes que los fiscales.<sup>31</sup>

Si tomamos las 47 audiencias que presenciamos, y dentro de ellas las 2 en las cuales no se concedió la PP, podemos decir que las denegaciones apenas superan el 4%. Debido a que no existen estadísticas oficiales sobre la cantidad de pedidos, otorgamientos o rechazos de PP, les preguntamos a los actores judiciales sobre su percepción general al respecto. La respuesta más recurrente fue “la de un 10 a 1”, o, para ser más claros, que 10 PP se concedían y 1 no. Esto daría cerca de un 9% de rechazos, lo cual, si bien está por encima de lo que arrojó nuestra muestra, tampoco es categóricamente distinta, en el sentido de que en ambas son muy bajas las denegaciones respecto a las concesiones de la medida cautelar.

En los dos casos señalados, es la policía el actor que provoca suspicacia para la defensa y el JG. En el primer hecho, las irregularidades respecto a la preservación de las pruebas hacen que se decrete no solo la denegación de la PP, sino el sobreseimiento del imputado. En el segundo, el JG no cree en el planteo que hace la fiscalía sustentado en el relato policial, por lo que no encuentra motivos para que el encierro preventivo del imputado se mantenga.

Tal como lo hemos sugerido en trabajos previos (Kostenwein, 2015a, 2015e, 2015f), la policía es una institución sumamente objetada por la defensa, capaz de manipular el vasto control que ejerce y provocar versiones falaces de los hechos investigados. Como conclusión preliminar podemos decir que en la medida en que la defensa logra persuadir al JG de que la policía ha empleado alguna modalidad fraudulenta en una causa determinada, más posibilidades existen para que la PP no se otorgue.

<sup>31</sup> La importancia de mencionar estos casos es análoga a la que señaláramos cuando hablamos de los expedientes, ya que las denegaciones de la PP han quedado relegadas en los informes y documentos acerca de la medida cautelar en las audiencias.

## Conclusión

Con este trabajo intentamos mostrar de qué manera la justicia penal ha hecho frente a las exigencias de tener que dirimir cuestiones de su incumbencia en plazos más cortos de tiempo. Es por este motivo que, en primer lugar, señalamos cómo surgió y se consolidó el proceso de flagrancia a partir del cual se implementaron las audiencias tempranas. Luego, afirmamos que la evaluación de los operadores jurídicos respecto de dicho proceso está guiada, fundamentalmente, por el lugar que tienen en la división judicial del trabajo. Los defensores son quienes ofrecieron las críticas más severas; los JG, quienes manifestaron mayor equilibrio entre las ventajas y los perjuicios; y los fiscales, quienes se mostraron más conformes, esgrimiendo incluso un vocabulario análogo al que incorporaron los discursos de los reformadores para su promoción.

Se hizo mención, además, a las modificaciones que generó el empleo de las audiencias durante la IPP en el uso de la PP, ya que supuso un cambio de escenario en el cual los planteos se realizan oralmente y en presencia de los otros actores judiciales.

Presentamos los trabajos publicados en los que se analiza a la PP en las audiencias, los cuales suelen destacar fundamentalmente los beneficios que provocan la intermediación y la oralización. Al mismo tiempo, se trata de trabajos que no indagan en la manera en que se justifica el uso del encierro preventivo, lo que permite conocer qué tipo de argumentos ofrecen los actores judiciales para respaldar sus posturas.

Posteriormente, se elaboraron cuatro modelos con los cuales describir mejor la serie de relaciones que instaura el pedido de la PP, junto a las exigencias que este pedido impone. El primero de los modelos muestra que a la hora de justificar el encierro preventivo los fiscales y JG apelan al vocabulario con el que el proceso de flagrancia se impulsó, utilizando la velocidad para solicitar y conceder la PP. El segundo modelo, con cierta afinidad respecto del positivismo criminológico, pone como principal argumento a los imputados, invocando los peligros procesales a partir del comportamiento previo de quienes se está investigando. En el tercero, con resabios del pensamiento ilustrado sobre el delito y la pena, los argumentos en las audiencias se sustentan en la correspondencia que los actores judiciales observan entre la gravedad de la conducta ilícita

realizada y la aplicación del encierro preventivo. En el último modelo no se hace lugar a la aplicación de la PP, dado que la policía incita desconfianza para la defensa y el JG. Esto permite suponer que, cuando la defensa logra persuadir al JG que la policía ha empleado en una causa un modo fraudulento de investigar, existen más posibilidades para que la PP no se otorgue.

Apresurando las decisiones de la justicia penal a partir del proceso de flagrancia y las audiencias tempranas, se generaron, por un lado, diferentes posturas por parte de los actores judiciales; y, por otro, diversos modos de justificar la necesidad o el rechazo de la PP. Surgió, entonces, una nueva estructura invisible por medio de la cual dichos actores perciben y emplean los instrumentos y dispositivos conforme a las funciones que les concede la institución a la que pertenecen, es decir, una forma renovada de *fixar una referencia* sobre cómo absolver o castigar a las personas.

## Referencias

- Anitua, G. (2006). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Baradaran, S., & McIntyre, F. (2012). Predicting violence. *Texas Law Review*, 90, 497-570.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Beccaria, C. (1993). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Becker, H. (2003). The politics of representation: Goffman and total institutions. *Symbolic Interaction*, 26, 659-669.
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Buenos Aires: Claridad.
- Boltanski, L. (2009). *De la critique*. París: Gallimard.
- Cafferata Nores, J. (1992). *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Depalma.
- CEJA & Incip. (2006). Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata. *Revista Sistemas Judiciales*.
- CEJA. (2008). *Reformas procesales en América Latina: resultados del proyecto de seguimiento V etapa*. Recuperado de [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat\\_view/43-documentos/63-experiencias-de-innovacion?start=5](http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/63-experiencias-de-innovacion?start=5)

- CEJA. (2009). *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina* (volumen I). Santiago: CEJA.
- CELS. (2010). *El uso de la información estadística y la forma de definir el problema de la prisión preventiva*. Recuperado de <http://www.cels.org.ar>
- Chateauraynaud, F. (2005). La coacción argumentativa. Las formas de coacción en los marcos deliberativos y las potencialidades de expresión política. *Revista Europea de Ciencias Sociales*, 14, 1-18.
- Ciocchini, P. (2013). *Tiempo de justicia*. (Tesis doctoral, Oñate).
- Duce, M., & Riego, C. (2010). *Prisión preventiva y nueva justicia penal en Chile*. Santiago de Chile: CEJA.
- Ferri, E. (1907). *Sociología criminal. Tomo I*. Madrid: Editorial de Góngora.
- Ganon, G. (2006). ¿La macdonalización del sistema de justicia criminal? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente. *Revista Pensamiento Penal*, 60, 439-457.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna*. México: Siglo XXI.
- Garófalo, R. (1912). *La criminología*. Madrid: Daniel Jorro.
- Goffman, E. (2007). *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Gómez Urso, J., & Paolini, R. (2008). *La oralidad en la investigación penal preparatoria*. Buenos Aires: Di Plácido Editor.
- Hazan, L. (2009). *La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal*. Santiago de Chile: CEJA.
- International Human Rights Program. (2011). *Presumed innocent, behind bars*. Toronto: University of Toronto.
- Iud, A. (2009). El impacto de la oralidad en la reducción del uso de la prisión preventiva. *Revista de Derecho Procesal Penal*, 9, 30-55.
- Iud, A., & Hazan, L. (2008). *Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la provincia de Buenos Aires. Plan de Flagrancia*. En *Reformas procesales en América Latina: resultados del proyecto de seguimiento V etapa*. Recuperado de [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat\\_view/43-documentos/63-experiencias-de-innovacion?start=5](http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/63-experiencias-de-innovacion?start=5)
- Kostenwein, E. (2010). Fundamentos: sociologías de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, (110), 2-38.
- Kostenwein, E. (2011). Prisión preventiva: un aporte praxeológico. En *Populismo punitivo y justicia expresiva*. Buenos Aires: Di Plácido Editores.
- Kostenwein, E. (2012a). La velocidad y las formas jurídicas: prisión preventiva en tiempos de flagrancia. *Revista Pensamiento Penal*, (137), 1-48.

- Kostenwein, E. (2012b). De la prisión preventiva al campo del control del delito en la provincia de Buenos Aires: algunas reconfiguraciones. *Revista Delito y Sociedad*, (32), 89-123.
- Kostenwein, E. (2014a). Poder para prever, los pronósticos y el uso de la prisión preventiva. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, (10), 56-77.
- Kostenwein, E. (2014b). Por escrito: el uso de la prisión preventiva en los expedientes. *Revista Derecho Penal y Criminología*, (6), 4-33.
- Kostenwein, E. (2015). *La cuestión cautelar. Estudio sociojurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediar.
- Kostenwein, E. (2015a). Vida social, justicia y seguridad: relaciones desde la prisión preventiva. En *Allá lejos la seguridad y la justicia. Los barrios y los problemas de la seguridad y la justicia*. La Plata: La Carreta.
- Kostenwein, E. (2015b). El uso de la prisión preventiva en los expedientes bonaerenses. En *Seguridad pública, violencias y sistema penal*. Buenos Aires: Tren en Movimiento.
- Kostenwein, E. (2015c). Redactando riesgos: el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires. *Revista Colombiana de Sociología*, 37(2), 163-189.
- Kostenwein, E. (2015d). La aplicación de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires y su percepción por los actores judiciales. *Boletín Criminológico*. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.
- Kostenwein, E. (2015e). Prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades políticas. *Revista Direito e Práxis*, 6, 54-79.
- Kostenwein, E. (2015f). La prisión preventiva en los márgenes judiciales. Justicia penal, medios de comunicación y autoridades políticas. *Revista Sortuz, Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, 7, 11-27.
- Kostenwein, E. (2015g). El uso de la prisión preventiva en Argentina. El caso de la provincia de Buenos Aires. *Revista Nova Criminis*, (9), 149-180.
- Langer, M. (2009). Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia. *Revista de Derecho Procesal Penal*, (El proceso penal adversarial - tomo II).
- Larrauri, E., & Cid Moliné, J. (2001). *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch.
- Levene, R. H. (1993). *Manual de derecho procesal penal. Tomo I*. Buenos Aires: Depalma.
- Maier, J. (1989a). *Derecho procesal penal argentino 1a*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Maier, J. (1989b). *Derecho procesal penal argentino 1b*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Melossi, D. (2012). *Delito, pena y control social*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Pavarini, M. (2003). *Control y dominación*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Piñero, V. (2007). Oficina de Gestión de Audiencias en el plan piloto para el fortalecimiento del sistema. *Revista Sistemas Judiciales*, 12, 89-95.
- Pitch, T. (2009). *La sociedad de la prevención*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Riquert, M. (2008). *Oralidad y proceso de flagrancia*. Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales 10 Años de Vigencia del Sistema Acusatorio en la Provincia de Buenos Aires.
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- Tapia, J. (2012). *La introducción de audiencias orales en la etapa de investigación*. Viedma: Pensamiento Penal.
- Taylor, I., Walton, P., & Young, J. (2001). *La nueva criminología*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Von Hirsch, A. (1992). Incapacitation. En AA. VV. *Principled sentencing*. Boston: Northeastern University Press.
- Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.
- Zamalea, D. (2007). La reforma procesal penal en Ecuador. En *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*. CEJA.