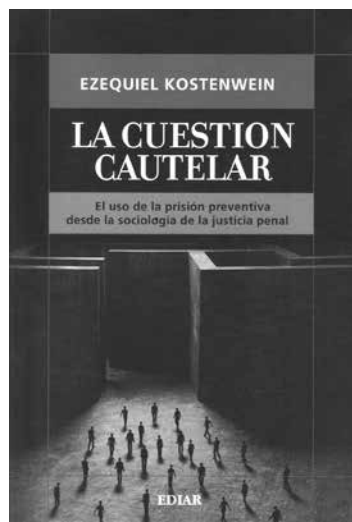


Comentario a
Ezequiel Kostenwein:
*La cuestión cautelar.
El uso de la prisión
preventiva desde la
sociología de la
justicia penal*

Buenos Aires: Editorial Ediar, 2016

Por Gabriel Bombini



1. El libro *La cuestión cautelar* es el resultado de la tesis doctoral de Ezequiel Kostenwein, dirigida por Gabriel Kessler y codirigida por Máximo Sozzo, y presentada para la obtención de ese título de Doctor en Ciencias Sociales por ante la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata.

El texto resulta una magnífica contribución a la sociología de la justicia penal, oxigenando y reforzando un campo de tránsito lento en nuestras latitudes, especialmente en lo relativo a la producción de materiales y estudios de corte empírico. En ese contexto, Kostenwein ha asumido el desafío de insertarse en el mundo judicial con una vocación contemplativa e interpretativa y ha buceado entre sus actores, discursos y prácticas para confrontar un tema de singular relevancia por sus dimensiones e impacto, tal cual resulta el del uso de prisión preventiva.

Tradicionalmente enfocado con otras lentes, en este caso aún visitado desde la perspectiva de la necesidad de la acción y el compromiso político en pos de su reducción, el objeto de la investigación sigue perfilándose —aunque con marcadas transformaciones— como una de las problemáticas centrales de los sistemas penales latinoamericanos, y en particular, del sistema penal de la Provincia de Buenos Aires. Abordando ese objeto problemático con objetivos, metodología y recursos teóricos plenamente innovadores, la obra de Kostenwein genera un aporte enormemente valioso, y no exclusivamente por sus conclusiones que despiertan interés y polémica, sino esencialmente porque muestra, en un campo disciplinar decaído, un sendero novedoso por el cual transitar. En particular, se destaca el hecho que, por fuera de enfoques

jurídico-dogmáticos o político-instrumentales, el autor logra hilvanar, —a través de la contrastación empírica— argumentos¹ que le permiten afirmar que en el mundo judicial no sólo se construyen prácticas y relaciones por fuera de las exigencias de los textos legales a partir de una consideración de la prisión preventiva como práctica judicial compleja, sino que incluso disposiciones de los actores judiciales provocadas por elementos judiciales y extrajudiciales, y competencias adquiridas en su entorno local resultan herramientas claves en la comprensión de aquello que la prisión preventiva produce. En esa dirección, es capaz de afirmar que en las relaciones judiciales que culminan con el dictado de una medida de prisión preventiva no sólo inciden presiones externas de los medios de comunicación y el sistema político sino que también la carrera judicial como conjunto de saberes ligado a la organización, relaciones y expectativas en el ámbito judicial o el desencanto por el desprestigio y la pérdida de la autonomía institucional, las que aparecen como motivaciones individualistas persistentes en un contexto de débiles controles para limitarla.

2. Con suma claridad expositiva, el autor reseña la estructuración básica de su trabajo. Describe como *objetivo general* del mismo², el de contribuir al estudio y comprensión del uso de la prisión preventiva en la Provincia de Buenos Aires, tanto desde un prisma normativo como principalmente en relación a las prácticas y discursos de los actores judiciales, involucrando una descripción de las relaciones que instaura el pedido de la prisión preventiva entre actores judiciales y extrajudiciales, y puntuali-

1 Y para ello el autor, innova también en las fuentes teóricas a utilizar en la medida en que reconoce que se ha apoyado en tres enfoques principales de la sociología francesa contemporánea: a) la sociología crítica de Pierre Bourdieu, recobrando la categoría de *práctica*, y en particular la idea que las prácticas de los actores dentro de la institución judicial deben ser consideradas como producto de sus posiciones y disposiciones en el campo jurídico; b) la sociología crítica de Luc Boltanski, quien enfatiza en las competencias manifestadas y a las críticas expresadas por los actores judiciales; c) la sociología de las asociaciones de Bruno Latour, retomando la diferenciación entre intermediarios (transportadores de significado o fuerza sin transformación) y mediadores (elementos que transforman, traducen, distorsionan, modifican significados), asumiendo la prisión preventiva como un mediador con su propia especificidad, transformando y modificando el significado con el que los actores judiciales trabajan cotidianamente, generando asociaciones y argumentos que les permitan vincularse.

2 A su vez, sus objetivos específicos (pag. 38), se centran en: a) Identificar a los actores judiciales y extrajudiciales que hayan participado en la configuración de la pp como un problema público desde la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en el año 1998 (plano extrajudicial); b) Caracterizar jurídicamente la medida cautelar para luego enumerar y explorar los cambios legislativos sucesivos y hasta el año 2013 se dieron respecto de la pp, junto a los efectos que esto provocó en las cifras de presos preventivos (plano jurídico), c) Indagar en los expedientes y en las audiencias las manifestaciones que los actores judiciales realizan para justificar su posición acerca de la pp, agrupándolos en modelos de argumentación que permitan analizar cómo dichos actores estructuran sus solicitudes respecto al uso de la medida cautelar (plano judicial); d) Recuperar los testimonios que los actores judiciales ofrecen sobre la pp y evaluarlos a partir del marco teórico elegido para nuestra investigación (plano socio-jurídico), tomando en cuenta el plano jurídico y el judicial.

zando las exigencias y argumentos de justificación que se imponen y a los que acuden aquellos mencionados en primer orden.

Denuncia el autor, el sesgo de las perspectivas dogmáticas, políticas o sociológicas preeminentes en los estudios sobre el tema, en la medida en que no trascienden de postulaciones normativas en torno a la confrontación constitucional, la denuncia de su impacto en las personas encarceladas, o ensayos de afirmaciones sociológicas genéricas ligadas a grandes narrativas, todas ellas renuentes de desplegar investigaciones empíricas desde el plano de la sociología general o de la sociología jurídica³. Por tanto, procura desentrañar lo que ocurre con la prisión preventiva, qué papel tiene para los operadores jurídicos, cómo se legitima o invalida su uso o qué relaciones promueve con actores extrajudiciales, lo que importa una innovación sustantiva respecto de los objetivos trazados por la investigación precedente.

Como definición central en el enfoque metodológico de la obra, que supone una señalización relevante para otros investigadores en el campo judicial en tanto privilegiar la voz de los actores por sobre las preconcepciones superiores del observador, se expresa que: "... es crucial no definir por adelantado y en lugar de los actores judiciales cómo se produce y para qué sirve la prisión preventiva, ya que el destino de esta medida cautelar está, al menos en parte, en sus manos. O lo que es igual, que las características de la prisión preventiva son una consecuencia, y no una causa, de lo que hacen estos actores con ella..."⁴.

3. Al inicio del trabajo, el autor —en el primer capítulo— agrupó tres perspectivas desarrolladas desde distintos planos para *Pensar la prisión preventiva*: a) la de la *dogmática jurídica*⁵; b) las de *organizaciones*⁶; y c) los de las ciencias sociales⁷; para luego —en el segundo— enfocar a los diversos actores que intervienen en la estructura-

3 Solo eventualmente, aparecen informes que pueden recuperar la voz de los actores involucrados, pero sin vocación alguna de articularlo en el marco de un abordaje teórico que permita una interpretación plausible: "...lo que intentamos evitar en nuestra investigación es aquello que Lamieux (2012) considera como la arriesgada actitud que oscila entre una teoría sin hechos y la presentación de hechos sin ninguna teoría..." (pag. 25).-

4 Kostenwein, E.: *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2016, 29.

5 Que al enfocar en el agravio constitucional que el instituto importa al contradecir el principio de inocencia, se limita a confrontar realidad con lo que debería ser, dejando de lados los elementos que podrían proporcionar una interpretación de las razones por las que sucede.

6 Que cuestionan la expansión del encierro preventivo y sus funestas consecuencias, pero sin ahondar en la serie de relaciones que se produce a diario entre actores judiciales y extrajudiciales.

7 Que pretenden explicar las funcionalidades de la prisión preventiva como instrumento político, producto de dinámicas sociales verificadas en procesos más vastos, alejadas de la institución judicial, sin considerarla en sí misma como objeto de estudio, ni a aquello que la prisión preventiva produce o está en condiciones de generar.

ción del problema de la *Prisión Preventiva fuera de los márgenes judiciales*⁸; y desde el plano jurídico —tercer capítulo— apuntando, según las normas regulativas, a cómo la prisión preventiva debería ser, cuáles son sus requisitos legales, las reformas y contrarreformas legales que la han afectado sucesivamente, y que han oscilado entre criterios *sustancialistas* y *procesalistas*, que dan cuenta del *Poder para prever* que pretende adjudicársele a las decisiones judiciales⁹. En este sentido, también Kostenwein aporta al demostrar que —independientemente de su corroboración con otros datos— en la percepción de los operadores jurídicos tanto las reformas procesales como el aumento del delito, los medios de comunicación y las retóricas políticas en relación al control del delito, resultan elementos relevantes a la hora de evaluar el uso de la medida cautelar en particular, y el aumento del encarcelamiento en general.

En los dos capítulos siguientes, se supera la binaria óptica dogmática entre justificaciones de corte sustancialista o procesalista, para avanzar en diversos modelos de argumentación que enriquecen desde la mirada sociológica la comprensión del complejo de relaciones que entabla la prisión preventiva en el interior judicial. En el *cuarto* avanza —desde el plano judicial— sobre el tipo de decisiones judiciales que se toma *Por escrito*, es decir, la evaluación del *Uso de la prisión preventiva en los expedientes*, procurando establecer bajo qué manifestaciones la medida cautelar es solicitada, aceptada o rechazada, relevando las disposiciones y competencias de los actores judiciales, incluso para generar acuerdos¹⁰. En tanto, en el capítulo quinto se sumerge en el *Espacio de las*

8 Se refiere a la *policía* (al activar la mayoría de las investigaciones penales, generando diversidad de percepciones en los actores judiciales según la función: mayor consideración en los fiscales, escepticismo en los Defensores, y miradas más macro por parte de los jueces de garantías que relacionan su actuar con el del sistema político y sus intervenciones en materia de seguridad ciudadana), los *medios de comunicación* (con miradas divergentes entre los actores judiciales: a) los que consideran una influencia decisiva en las decisiones judiciales de encarcelamiento, b) los que subrayan la capacidad de resistencia de los operadores jurídicos y c) los que sostienen que se vuelven una astucia o excusa que los operadores jurídicos utilizan para evadir sus responsabilidades en la toma de decisiones), las *autoridades políticas* (que limitan severamente la autonomía de actuación judicial en el marco de un proceso paulatino de politización en el cual la metáfora de la “puerta giratoria” ha emergido como emblemática forma de representar esta ligazón impropia que aspira a un “efecto disciplinador”), y determinadas *ONG's* (influyentes en la estructuración del problema de la pp, al denunciar sus aspectos negativos instalándolo como un problema en la agenda pública), que son enfocados en actores influyentes en su problematización y caracterización.

9 Así, el concepto de peligros procesales se estipula a partir de pronósticos sobre hechos que no es posible corroborar en concreto, y que en el caso de la prisión preventiva derivan, no tanto de investigaciones o informaciones empíricas comprobadas judicialmente, sino de una combinación entre operaciones formales y saberes locales, que en suma —como la finalidad punitiva de incapacitación— se orienta a la neutralización del individuo.

10 El autor construye cuatro modelos de argumentación, privilegiando la perspectiva de los actores: a) el modelo de *argumentación según la ley*, que se apoya —para su solicitud o dictado— en algún o algunos de los riesgos procesales que exige el código procesal penal; b) la *argumentación según un acuerdo tácito*, es decir sin explicitación en las justificaciones del riesgo de fuga o entorpecimiento en

audiencias, analizando los argumentos que los actores judiciales expresan para requerir, objetar, aceptar o denegar la utilización de la prisión preventiva en las audiencias que se desarrollan dentro del proceso de flagrancia, lo que denomina la *Prisión Preventiva en tiempos de flagrancia*, en donde la evaluación de los operadores jurídicos respecto de dicho proceso está guiada, fundamentalmente, por su posición funcional: los defensores asumen críticas severas, los fiscales abogan en su favor, en tanto los jueces de garantías han manifestado mayor equilibrio entre las ventajas y los perjuicios. Así, se subraya el cambio de escenario que significó la implementación del procedimiento de flagrancia, en tanto los planteos se realizan oralmente y en presencia de los otros actores judiciales, favoreciendo —en principio— la intermediación y la oralización¹¹.

Los capítulos finales se dedican al análisis de la pp como *Una práctica judicial compleja* —sexto—, y como el emergente de acuerdos activos por el despliegue de las competencias de los actores judiciales a partir de la injerencia de factores judiciales y extrajudiciales —capítulo séptimo: *Prisión Preventiva, entre la justicia y el amor*¹²; dejándose entrever distintas conclusiones: a) que son los indicadores de riesgos procesales como la *pena en expectativa*, la *violencia que entraña el delito y la reincidencia entre otros*, los que conforman el orden de magnitudes que están presentes al momento de la decisión judicial; b) Que los acuerdos activos acerca de la pp suelen ser más frecuentes entre fiscales y jueces, postergando el protagonismo de la defensa; c) que se ciñen a los requisitos establecidos en el Código Procesal Penal; d) que existe una equiparación en las argumentaciones entre los indicadores o factores que podrían hacer prever alguno de los riesgos procesales con el propio peligro de fuga o entorpecimiento probatorio; e) que las operaciones críticas tiene mayor posibilidad de ser desplegadas en las audiencias que en los expedientes: por tanto, a) el *instrumento que se*

la investigación; c) *acuerdos en disidencia*, en los que el juez se separa de los argumentos de la solicitud fiscal, pero no obstante, dicta la prisión preventiva; d) *argumentos según la confianza perdida*, en los que el juez no dicta la prisión preventiva por entender que el fiscal no ha demostrado suficientemente la existencia del delito o la participación del sospechado.

- 11 Se exponen cuatro modelos de justificación: a) El modelo de argumentos en base a *la velocidad* —acorde con el vocabulario propio de los impulsores reformistas—; b) Modelo de argumentos en base a las personas, en que se valoran respecto de los imputados el peligro procesal derivado de su comportamiento anterior; c) *Argumentos según los delitos*, en base a la gravedad de la conducta; d) Según la *policía sospechada*, en tanto la defensa logra persuadir al Juez de Garantías sobre la fraudulencia en la investigación; caso en que la prisión preventiva no se otorga (apenas 4% de los casos).
- 12 La información empírica colectada, permite afirmar que debe tenerse en cuenta la relación que existe dentro del Poder Judicial entre un débil control para limitarla y una constante motivación institucional para aplicarla, el desencantamiento que expresan algunos actores judiciales en razón del declive en el prestigio dentro del Poder Judicial y cambios suscitados en su interior que se estiman como arbitrarios, lo que refleja un menor grado de compromiso respecto a su utilización, como modo de evitar quedar expuesto dentro de una institución cada vez menos independiente —y cada vez más influida por actores extrajudiciales como los medios de comunicación y los representantes políticos—: en este escenario el encierro preventivo se brinda como una respuesta disponible, sugerida y avalada por la institución judicial.

utiliza (la audiencia), b) la función que se desempeña y c) la ideología judicial están en condiciones de influir en los actores, según su posición relativa, y no tanto como producto de un sistema inscripto de estructuras mentales incorporadas¹³.

En suma, la lectura del libro de Kostenwein resulta crucial para aquellos que pretenden involucrarse en el campo de los estudios sobre la justicia penal, en tanto los enfoques que propicia, invitan a posicionarnos en torno al modo de abordaje del uso judicial de la prisión preventiva, y a tomar partido de cara a la investigación de otros posibles objetos de pesquisa, asumiendo metodologías y marcos teóricos escasamente explorados y que avizoran como extraordinariamente fructíferos para estudios de este tipo.

13 No sólo la preservación de la *carrera judicial* o el *desencantamiento* de ciertos operadores jurídicos con el sistema (factores internos) o las *presiones de los medios de comunicación y las autoridades políticas* (factores externos) tienen relevancia en la utilización de la pp, sino que los actores judiciales deben ponerse de acuerdo en concreto para dicha utilización. Al decir del autor: en el ámbito judicial no existe solo *condicionamiento, ilusión, inercia o desencanto* (al considerar la prisión preventiva como práctica judicial compleja), sino también *competencias* que los actores judiciales ponen en juego en su participación y que permiten considerar a la prisión preventiva como un *acuerdo activo*, independientemente de las diferentes posibilidades de éxito. El sentido de justicia que despliegan los operadores judiciales en sus operaciones críticas y de justificación, aparece ciertamente vinculado a la función judicial dentro de la división de trabajo junto con la ideología de los actores judiciales.