

**JUSTICIA ALGORÍTMICA Y PRISIÓN PREVENTIVA:
LA CUESTIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS PROCESALES**

Nicolás Guzmán

1. Introducción: el fundamento jurídico de la prisión preventiva y su configuración hasta la actualidad.

La finalidad de garantizar la ejecución de la pena y evitar riesgos que amenacen a dicha finalidad lleva una larga historia, cuyos inicios Maier –de la mano de Mommsen– ubica en la República Romana¹. Antiguamente la prisión fue admitida regularmente como medida cautelar previa al castigo, que generalmente consistía en otra cosa (multa, confiscación, destierro, tormentos, muerte, etc.). Recién durante la etapa de la codificación que surgió a partir de la Revolución Francesa la prisión se convirtió en la pena principal del castigo penal y, al menos en teoría, pasó a ser una excepción durante la tramitación del proceso. Esto fue así a pesar de que en los programas reformadores de la Ilustración la prisión no estaba pensada como pena principal. Foucault señala que es sorprendente cómo la pena de prisión irrumpió y se consolidó en un brevísimo período de no más de 20 años, entre la última década del siglo XVIII y la primera del XIX, para quedarse hasta nuestros días².

Los autores de la Ilustración expresaron sus puntos de vista sobre el sentido que la prisión tenía a finales del siglo XVIII. Enfocado en los fines asegurativos de la prisión, Beccaria era categórico en cuanto a sus limitaciones: la prisión solo podía proceder en caso de *necesidad*. “La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto sea declarado reo” decía Beccaria, “y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda [...] y no puede ser más que la necesaria, para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”.³

¹ Cfr. Maier, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 283.

² Cfr. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, ps. 199-230.

³ Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1964, cap. 19, ps. 60-61.

Aparecen aquí, con toda claridad, en el centro del pensamiento penal ilustrado, los fines que podía cumplir la prisión cautelar: impedir la fuga del acusado y la frustración de la investigación. También Jeremy Bentham justificó el encierro preventivo y el aislamiento del imputado bajo fuertes limitaciones: ella era posible solo hasta el momento del interrogatorio, que de todos modos debía llevarse a cabo de inmediato⁴.

Estos señalamientos del pensamiento penal de la Ilustración sentaron las bases para la discusión sobre la prisión preventiva que se consolidó con la codificación, que lleva dos siglos y que lejos está de terminarse. Algunas ideas, sin embargo, se han afirmado con el tiempo. La más importante de ellas es que el encierro preventivo solo puede ser una excepción que responda a una verdadera *necesidad*. Se afirmó, así, de la mano del principio de inocencia consagrado en las constituciones y cartas de derechos occidentales desde finales del siglo XVIII, la idea de que el imputado tiene el derecho a transitar el proceso en libertad y solo excepcionalmente y de manera limitada su libertad puede ser cercenada antes de la condena.

Argentina recibió estos ideales. En efecto, la concepción de la prisión provisional como herramienta de excepción se afirmó ya en los trabajos previos de proyectos constitucionales, como por ejemplo en el de 1812, que establecía que “en los delitos no capitales se omitirá la prisión de los reos, o se les pondrá en libertad dando fianzas”⁵: se consagraba así un verdadero y propio derecho a la libertad durante el proceso o, en todo caso, a la libertad bajo fianza, en línea con lo que disponían la Constitución Norteamericana y la *Judiciary Act de 1789* de los Estados Unidos.

El art. 18 de la CN de 1853 finalmente impidió el encarcelamiento de una persona antes de una sentencia firme, si bien estableció también la excepción:

⁴ Cfr. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, liv. III, cap. XIV, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., tomo II, ps. 297-298; citado por Ferrajoli, “Beccaria y Bentham”, en Ferrajoli, *Escritos sobre Derecho Penal*, Tomo 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 368.

⁵ Cfr. Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 101.

se puede disponer el *arresto* de una persona por orden escrita de autoridad competente.

En los primeros fallos sobre *excarcelación* de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, salta a la vista, con potente retórica, la inspiración liberal que orientaba a las decisiones del máximo tribunal judicial argentino en esta materia, haciendo hincapié, por ejemplo, en la limitación temporal de la prisión preventiva que era considerado “un principio humanitario”⁶.

En el año 1905⁷ la CSJN señaló que la *excarcelación* “procede como garantía constitucional” y que la prisión preventiva “no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena” y que “si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio, como la fianza... menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de inculpabilidad, puede decirse, además, que esa garantía del derecho individual se funda también en la Constitución, porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (artículo 33, Constitución Nacional)”.

Esta es la línea que se ha afianzado en más de un siglo de jurisprudencia y en la actualidad se reconoce el derecho del imputado a estar en libertad durante la sustanciación del proceso, derivable sin mayores forzamientos tanto del principio de inocencia como del art. 14 de la CN, que garantiza el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mientras no exista una condena concreta que restrinja tal derecho⁸.

En el ámbito continental, la Corte IDH reconoció expresamente la existencia de un derecho del imputado a transitar el proceso penal en libertad, derivado del art. 7, incs. 1, 2 y 3, y art. 8 inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso “Argüelles y otros vs. Argentina”, del 20 de noviembre de 2014, el tribunal americano precisó que “la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia” (párr. 130).

⁶ Cfr. CSJN, Fallos, 64:352, del año 1895.

⁷ Cfr. CSJN, Fallos, 102:219.

⁸ Cfr. Maier, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, cit., ps. 520-522.

2. Las distintas posturas en torno de la prisión preventiva.

Las normas procesales y la jurisprudencia suelen habilitar esta limitación cautelar de la libertad con la finalidad de neutralizar riesgos que ponen en peligro tanto al *proceso* (a través de la fuga del imputado o de la obstaculización de la investigación) como a la *comunidad* (por la eventual reiteración delictiva), dependiendo de la jurisdicción que analicemos. En todos los casos siempre se trata de evitar la concreción de *riesgos*, pero nunca de castigar por el hecho que es objeto de investigación, el cual aún no ha sido juzgado de manera definitiva. Por ello existe un consenso general en que la prisión preventiva no puede tener una finalidad material vinculada al castigo.

Podríamos decir que las posiciones frente a la prisión preventiva se dividen en dos grandes grupos: por un lado, aquel en el cual se enrolan las posturas que la justifican, incluso de manera mínima, y que por ello denominaremos *justificacionistas*; por el otro, el grupo en el que se desenvuelve una idea absoluta, que niega toda posible fundamentación constitucional del encierro cautelar y que, por lo tanto, plantea la necesidad de su cancelación, que llamaremos *abolicionismo*.⁹

En la legislación argentina, como en muchas otras, se impone una posición *justificacionista limitada*, pues las normas procesales admiten como fin habilitante de la prisión preventiva únicamente la evitación de riesgos procesales¹⁰.

Esta es la postura de la Corte IDH. Por citar solo un ejemplo de los muchos que hay, en el caso “Chaparro Álvarez” la Corte señaló que ella solo reconoce como “fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia” y que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales

⁹ Cfr. Vitale, Gustavo, *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, esp. ps. 92-99.

¹⁰ También es la postura mayoritaria de la doctrina argentina: véase Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, cit., ps. 514-516; Cafferata Nores, José I., *Medidas de coerción en el nuevo Código procesal penal de la Nación (Ley 23.984)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 3. Las posturas que denomino como “justificacionistas” han sido también llamadas “compatibilistas” entre principio de inocencia y encarcelamiento procesal (cfr. Pastor, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, en Pastor, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 261).

atribuibles a la pena”¹¹. Similares conceptos se repitieron en los casos “Palamara Iribarne vs. Chile”, del 22 de noviembre de 2005, “López Álvarez vs. Honduras”, del 1 de febrero de 2006, “Barreto Leiva vs. Venezuela”, del 17 de noviembre de 2009 y muchos otros.

Los códigos procesales argentinos, por su parte, tanto el federal como los provinciales, actualmente posibilitan el dictado de esta medida para asegurar la aplicación de la ley penal y para permitir la eficaz comprobación de la hipótesis acusatoria (requisito que generalmente es aludido como *descubrimiento de la verdad*). Los dos fines antes indicados se pondrían en peligro tanto con la fuga del imputado como con el entorpecimiento de la investigación por parte suya, por ejemplo, mediante la contaminación u ocultación de pruebas. En otras legislaciones, que adoptan una postura *justificacionista amplia*, se admite como fundamento de la prisión preventiva, además de los fines cautelares *intra-procesales*, una finalidad securitaria o defensiva *extra-procesal*, que apunta a la defensa de la sociedad frente al supuesto delincuente. Es lo que sucede, por ejemplo, en países como Estados Unidos, Alemania, Italia y Chile y como también comienza a suceder en nuestro propio país de la mano de la ley nacional de víctimas 27.372 que enuncia, entre los muchos y variados derechos de la víctima, su derecho “a que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores” (art. 5, inc. n), así como también “a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes” (art. 5, inc. d).

También cabe mencionar una justificación diversa o, en todo caso, una *función* diversa, que se le asigna a la prisión preventiva, en el marco del denominado *sistema integral del derecho penal*. Entre sus teóricos se destaca la opinión de Freund, para quien la prisión preventiva cumple una función material *sancionatoria* –en tanto que *respuesta o reacción adecuada*– cuando ella es aplicada de manera inmediata al hecho y este resulta especialmente grave¹². El

¹¹ Cfr. Corte IDH, “Chaparro Alvarez y Lapo Iñíguez vs. Ecuador”, 21/11/2007, cons. 93° y 103°.

¹² Cfr. Freund, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en AA.VV. (Wolter, Jürgen y Freund, Georg – editores), *El sistema integral del*

fin de la prisión preventiva, en estos casos graves y muy bien probados desde el inicio (p. ej., casos de flagrancia o de imputados confesos), consistiría ya no en evitar la fuga del imputado o el entorpecimiento de la pesquisa, sino en evitar, a través de la sanción anticipada, la *sensación* pública de que “no se toma en serio un delito que materialmente ya parece suficientemente probado”¹³. La prisión preventiva, según esta óptica, “no sería otra cosa que un cierto castigo provisional”¹⁴.

3. Los principios limitantes del uso de la prisión preventiva.

Corresponde que analice ahora los principios *limitantes* que rigen la prisión preventiva.

3.1. Proporcionalidad.

En el fallo plenario “Díaz Bessone” de la Cámara Federal de Casación Penal se desarrolló el concepto del principio de *proporcionalidad*, destacándose que él implica que la medida cautelar debe ser acorde al peligro que se quiere evitar. Es claro que si se quiere evitar que se torne imposible aplicar una pena de prisión –por ej., por la fuga del acusado–, el encierro preventivo puede resultar proporcional a ello.

En este sentido, en la legislación procesal nacional y federal el riesgo de elusión de una pena pecuniaria no podría ser neutralizado mediante la prisión preventiva. En este sentido, el art. 17 del CPPF, que establece los principios que rigen para las medidas restrictivas de la libertad, dispone que “nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con *pena privativa de libertad*”.

Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, traducción a cargo de Guillermo Benlloch Petit y otros, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 124-125.

¹³ Cfr. Freund, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, cit., p. 125.

¹⁴ Cfr. Freund, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, cit., p. 125. Una crítica al planteo de Freund puede verse en Díaz Cantón, “Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción”, en *Id.*, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Ed. Del Puerto, 2005, ps. 71-75.

3.2. Excepcionalidad y necesidad.

Otro principio rector y limitante de la prisión preventiva es el de *excepcionalidad*, que significa, en pocas palabras, que la prisión preventiva debe constituir una medida excepcional o de *ultima ratio*, a la que puede recurrirse durante la tramitación del proceso siempre que no existan otras medidas cautelares menos lesivas para el imputado que puedan igualmente asegurar los fines procesales buscados¹⁵. El principio fue receptado desde los primeros fallos de nuestro máximo tribunal nacional, como el que recordé anteriormente del año 1905¹⁶. Esta jurisprudencia se mantuvo inalterable en el tiempo y fue ratificada por la Corte, prácticamente con las mismas palabras y casi cien años después, en el precedente “Napoli, Erika”, del 22 de diciembre de 1998 (cons. 19°). La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos también ha ratificado que la prisión preventiva solo puede tener una finalidad cautelar, nunca punitiva¹⁷. La Corte IDH también reconoce este principio, por ejemplo, en el precedente “Tibi vs. Ecuador”, del 7 de septiembre de 2004, en el cual señaló que la prisión preventiva es “la medida más severa” que se le puede imponer a una persona imputada por la comisión de un delito, razón por la cual su aplicación “debe tener un carácter excepcional” (párr. 106).

El criterio de excepcionalidad se relaciona con el de la *necesidad*, pues precisamente es excepcional en tanto solo se la puede aplicar cuando ello sea estrictamente necesario, criterio que fue afirmado por nuestra CSJN en un fallo del 6 de marzo de 2014 (“Loyo Fraire”), afirmando que la medida solo se puede aplicar cuando ella sea “absolutamente indispensable” para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa que también pueda resultar idónea para alcanzar el objetivo propuesto.

3.3 La provisionalidad.

¹⁵ Al respecto, véase Maier, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, cit., ps. 522-526.

¹⁶ Cfr. CSJN, Fallos, 102:219.

¹⁷ Cfr. Carroll, Jenny E., “Beyond Bail”, en *Florida Law Review*, vol. 73, 2021, p. 150, con cita de los precedentes del máximo tribunal norteamericano “United States v. Salerno”, 481 U.S. 739, 754 (1987) y “Bell v. Wolfish”, 441 U.S. 520, 535 (1979).

La prisión preventiva es, además, *provisional*. La Cámara Federal de Casación Penal, en el fallo plenario “Díaz Bessone” ya recordado, señaló que solo puede justificarse mientras subsistan las razones que la determinaron. Si deja de ser necesaria porque ya no se mantienen las circunstancias que la motivaron, entonces ella debe cesar, precisamente porque el encarcelamiento es provisional y no persigue fines materiales o sustantivos propios de la pena.

La cuestión de la provisionalidad de esta medida y una histórica práctica abusiva y desviada de esta herramienta, llevó a establecer límites temporales al encarcelamiento preventivo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 35/07, señaló que la necesidad de establecer un “plazo razonable” a la prisión preventiva responde a la “necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar”.

La Argentina reguló taxativamente el plazo de duración máxima de la prisión preventiva, a través de la sanción de la ley 24.390, transcurrido el cual corresponde que se disponga sin más la libertad del detenido. A pesar de ello, y de la claridad y taxatividad de la norma, la CSJN y los tribunales inferiores han sistemáticamente flexibilizado los plazos allí establecidos, hasta prácticamente anularlos¹⁸.

A raíz de esa práctica no solo contraria a la expresa disposición legal sino también a los estándares interamericanos, la Corte IDH decidió pronunciarse a favor de la fatalidad de los plazos establecidos en la ley 24.390, en la sentencia del 30 de octubre de 2008 dictada en el caso “Bayarri vs. Argentina”.

3.4. Mérito sustantivo.

Desde ya, la prisión preventiva solo se admite ante la existencia de elementos de prueba que acrediten razonablemente que se ha cometido un delito

¹⁸ Sobre el tema, véase Cafferata Nores, “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, ps. 189-198; Salido, María Belén, “El plazo de la prisión preventiva: un tema aún sin definición”, en *La Ley*, 2009-D, p. 542 y ss.; Domínguez Henaín, Daniel, *Ley 24.390. Prisión preventiva. Plazo máximo. Cómputo del encarcelamiento cautelar. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Editorial Juris, Rosario, 1996, ps. 34-41. Un abordaje original y potente sobre la problemática de la duración de la prisión preventiva puede verse en el trabajo de Pastor, “Las funciones de la prisión preventiva”, antes citado.

y que el imputado ha sido probablemente su autor. Esta exigencia de un *mérito sustantivo* en el caso concreto cumple una función de requisito previo a todos los demás para que pueda analizarse la procedencia del encierro cautelar en un caso concreto. Así lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia históricamente. En el año 2014, en el caso “Norín Catrimán”, la Corte IDH se refirió a esta exigencia como “primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar”. Según la Corte continental, “la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas”¹⁹.

Esta cuestión nos desplaza al complejo tema –hoy candente en la doctrina procesal– de los estándares de prueba. A los fines de este trabajo, bastará con señalar que el grado de conocimiento generalmente requerido para la imposición de la prisión preventiva es aquel denominado como *probabilidad positiva*, es decir, un grado de convicción subjetiva que si bien dista aún de la certeza (también subjetiva) que se exige para la condena, se sustenta en una firme probabilidad de que el hecho imputado ha ocurrido y de que el acusado es quien lo ha cometido. En los últimos tiempos, de la mano de autores como Claus Roxin y Ramón Ragués i Vallès, ha comenzado a sostenerse que este grado de convicción no es suficiente, sino que debe existir una prueba mucho más fuerte del caso, que permita pensar que hay un escaso margen de error y que en juicio el acusado muy probablemente será condenado. A esto se suele referir como *indicios vehementes de culpabilidad*²⁰.

Pero no solo debe haber pruebas de la comisión del delito por parte del imputado. También debe haber pruebas que permitan *verificar la existencia de riesgos*. La centralidad de la cuestión referida a la verificación *concreta* de los peligros procesales ha sido subrayada por la Corte IDH, en el año 2014, en el fallo “Norín Catrimán” antes citado (párr. 312), en el cual el tribunal continental

¹⁹ Cfr. Corte IDH, “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”, del 29/05/2014, párr. 311.

²⁰ Cfr. Ragués i Vallès, Ramón, *La prisión provisional como ultima ratio*, Marcial Pons, Madrid, 2023, ps. 192, quien habla, en consecuencia, de la necesidad o exigencia de un “*fumus boni iuris* cualificado” o reforzado (*ibid.*, ps. 174-177); Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 259.

sostuvo que los riesgos deben ser verificados: “el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la *verificación del mismo* en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto”. Lo cual me lleva al último punto de este análisis, relacionado con la aparición de las herramientas actuariales de evaluación de riesgos.

4. Las nuevas tecnologías para la evaluación de riesgos.

4.1. Orígenes y desarrollo de las herramientas de evaluación de riesgos: Manhattan Bail Project, nueva penología y reforma de tercera generación.

En Estados Unidos, inicialmente, la prisión preventiva solo podía disponerse para asegurar la comparecencia del reo ante los tribunales y para evitar su fuga²¹: tanto en el *common law* inglés como al tiempo de redactarse la Constitución norteamericana, dicha medida cautelar estaba limitada a la neutralización del riesgo de fuga²².

Para los años 60' del siglo XX ya existían preocupaciones por la alta tasa de encarcelamiento en Estados Unidos. Tal preocupación llevó al desarrollo de un proyecto de investigación muy importante, que se considera piedra fundacional del sistema de evaluación de riesgos, que se denominó “Manhattan Bail Project”, llevado adelante por el Vera Institute of Justice en el año 1961. El proyecto fue un éxito pues permitió la liberación de muchos detenidos que no podían pagar su fianza, sin que se produjera un aumento en las tasas de incomparecencia ante los tribunales.

A los pocos años se produjo entonces la primera gran reforma norteamericana a la legislación en materia de prisión provisional desde la

²¹ Cfr. Garrett, Brandon y Monahan, John, “Judging Risk”, en *California Law Review*, n. 108, 2020, p. 449; Gouldin, Lauryn P., “Defining Flight Risk”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 85, mayo 2018, p. 685, quien cita el célebre precedente *Stack v Boyle*, 342 U.S. 1 (1951), en el cual se sentó la regla de que la fianza solo debería ser establecida para “asegurar la presencia del imputado”.

²² Cfr. Gouldin, “Defining Flight Risk”, cit., p. 685; Appleman, “Justice in the Shadowlands: Pretrial Detention, Punishment, & the Sixth Amendment”, en *Washington and Lee Law Review*, vol. 69, n. 3, 2012, p. 1326 y ss.

Judiciary Act of 1789 (que había establecido de manera explícita el derecho a la fianza – *right to bail*²³). Se trató de la *Bail Reform Act of 1966* que consagró la presunción de liberación bajo palabra (*presumption of release on recognizance*) para aquellos imputados de delitos no castigados con pena de muerte, a menos que el tribunal considerase que una liberación bajo juramento no resultaba suficiente para asegurar la comparecencia del imputado ante la jurisdicción²⁴.

Pero la tendencia duró poco. Ya a comienzos de los años 70' del siglo XX el Distrito de Columbia fue la primera jurisdicción en aplicar la detención del imputado con fundamento en su peligrosidad para la comunidad²⁵. Esa fue la antesala de la siguiente gran reforma en materia de prisión preventiva, que tuvo lugar a mediados de los años ochenta a través de la *Bail Reform Act of 1984*, dictada como consecuencia de un movimiento nacido en varias jurisdicciones que reclamaban, desde comienzos de esa década, el reconocimiento del riesgo para la seguridad pública como causal de excepción a la libertad durante la tramitación del proceso²⁶.

La validez constitucional de esta nueva normativa fue declarada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso “United States v. Salerno”²⁷, del año 1987, en el cual el juez Rehnquist –autor del voto de la mayoría– afirmó que la prisión preventiva antes del juicio podría servir como una “solución potencial a un problema social acuciante”, al permitir la detención de personas antes del juicio en presencia de pruebas claras y convincentes (*clear and convincing evidence*) de que ninguna otra medida podría garantizar la seguridad pública en caso de ordenarse la libertad del imputado. Desde entonces, la finalidad preventivo-securitaria pasó a ser moneda corriente en dicho

²³ Cfr. Schnacke, Timothy, *Fundamentals of Bail. A Resource Guide for Pretrial Practitioners and a Framework for American Pretrial Reform*, National Institute of Corrections, Washington, 2014, ps. 46-48.

²⁴ Cfr Wright, Charles y Miller, Arthur (Wright & Miller), *Federal Practice and Procedure. Federal Rules of Criminal Procedure*, Thomson Reuters, 2022, vol. 3B, cap. 11, § 761.

²⁵ Cfr. VanNostrand, Marie, “Our Journey Toward Pretrial Justice”, en *Federal Probation*, vol. 71, n. 2, 2007, ps. 1-2.

²⁶ Cfr. American Bar Association (ABA), *Standards for Criminal Justice: Pretrial Release*, 3ª ed., Washington, 2007, Standard 10-1.1, p. 37, nota 9.

²⁷ Cfr. 481 U.S. 739 (1987). Véase también, Hamilton, Melissa, “Modelling Pretrial Detention”, en *American University Law Review*, vol. 72, n. 2, 2022, ps. 526-527.

país. Al día de la fecha todos los estados –con la excepción de New York y New Jersey– contemplan tanto el riesgo de fuga como el riesgo para la seguridad pública como fines habilitantes de la prisión preventiva²⁸.

Así fue como las diferentes legislaciones estatales empujaron a los jueces a predecir nuevos crímenes “sin los beneficios de la evidencia empírica”²⁹, con lo cual nació la nueva penología, llamada así por Malcolm Feeley y Jonathan Simon, en su célebre trabajo de 1992, basada en la metodología estadística y actuarial y en el lenguaje de las probabilidades y los riesgos.

La tercera gran reforma, aún en pleno desarrollo y con algunas ideas y vueltas, que tiene que ver directamente con aquello que voy a exponer en los últimos minutos que me quedan, llegó de la mano de las modificaciones legislativas que apuntan a la eliminación del sistema de fianza y su reemplazo por un modelo basado en la utilización de herramientas automatizadas de evaluación de riesgos.

4.2. Los nuevos instrumentos actuariales de evaluación de riesgos. Perspectivas a futuro.

En general, pero también en el ámbito que aquí nos importa –que es el judicial–, se identifican dos modelos posibles de evaluación o cálculo de riesgos. Por un lado, el *modelo clínico*, que es el vigente en jurisdicciones como Argentina, en donde la evaluación la efectúan los jueces, basados en sus propias experiencias profesionales, sus conocimientos personales e intuiciones, apoyados generalmente en pautas orientadoras normativamente establecidas en las normas procesales; y por el otro lado, el *modelo estadístico o actuarial*, en el cual la evaluación es realizada, principalmente, mediante la utilización de instrumentos de cálculo basados en estadísticas construidas sobre una importante base de datos³⁰.

²⁸ Cfr. ABA, *Standards for Criminal Justice: Pretrial Release*, cit., Standard 10-1.1, p. 37, nota 9.

²⁹ Cfr. Garrett y Monahan, “Judging Risk”, cit., p. 449.

³⁰ Sobre la distinción entre *modelo clínico* y *modelo actuarial* para la evaluación de riesgos, véase Carlson, Alyssa, “The Need for Transparency in the Age of Predictive Sentencing”, *Iowa Law Review*, n. 103, 2017, ps. 305-306; también Rueda Soriano, Yolanda y Navarro Blasco, Eduardo, “Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario.

Como dije, en Argentina predomina el método clínico. Son muchos los estudios que se han hecho en nuestro país en los últimos años sobre el modo en que los jueces evalúan los riesgos a la hora de decidir sobre la prisión preventiva. Fueron realizados por instituciones importantes tales como INECIP, CIPPEC, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el CELS, entre otros. Todos estos trabajos coinciden en un punto: los jueces argentinos no realizan una verificación o evaluación de riesgos en los casos concretos, sino que se limitan a justificar la prisión preventiva en base a los criterios que normativamente son establecidos por la legislación procesal como parámetros de riesgo, tales como, por ejemplo, la expectativa de pena alta, la existencia de antecedentes penales, la gravedad del delito imputado, la falta de arraigo del acusado, etc.³¹, pero no cuentan con reglas o pautas que les indiquen cómo sopesar, en los casos concretos, dichos factores, sobre todo cuando se presentan de manera combinada, a veces positivamente y otras de manera negativa.

En Estados Unidos, en los últimos años, urgidos por un tremendo índice de superpoblación carcelaria y necesidades de reducir la prisión preventiva, se comenzó a buscar un sistema que solo permitiera el encierro en prisión preventiva de quienes realmente representasen un peligro para la comunidad o para el proceso por el riesgo de fuga. Se puso en marcha una acelerada búsqueda de herramientas –con rigor científico– que permitan evaluar correctamente a las personas con la finalidad de predecir aquellos riesgos.

Hoy son muchas las jurisdicciones en las que, desde hace unos quince años, se emplean herramientas algorítmicas de cálculo de riesgos, que además fueron fomentadas desde el gobierno central por la administración Obama en el año 2016 en el contexto del *Data-Driven Justice Initiative*; incluso estos instrumentos han comenzado a recibir el apoyo de cortes estatales³². En la

Configuración y aplicación práctica”, en *Jueces para la Democracia*, n. 94, marzo 2019, ps. 60-61.

³¹ Sobre esto, véase Kostenwein, *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal*, Ediar, Buenos Aires, 2016, ps. 147-191.

³² Cfr. Tashea, Jason, “Calculating Crime”, en *ABA Journal*, n. 103, marzo 2017, p. 54 y ss. Un fallo categórico en ese sentido fue el de la Corte Suprema de Wisconsin, en el precedente “State of Wisconsin v. Eric Loomis”, del 13 de julio de 2016.

actualidad, son más de sesenta los instrumentos de análisis de riesgo existentes (*risk assessment tools*) a lo largo y ancho de Estados Unidos³³, cuya utilización cubre al 60 % del total de la población de ese país³⁴ (entre ellas, PSA, COMPAS y PTR).

En paralelo, han crecido las agencias que se ocupan de tales análisis y aconsejan al poder judicial a la hora de decidir, llamadas *Pretrial Services Agencies* (algo así como Agencias de Servicios de la Fase Preparatoria), que utilizan herramientas actuariales de evaluación de riesgos desarrolladas tanto por entidades públicas como privadas, con todo lo problemático que esto último resulta. Es interesante esta experiencia comparada porque el Código Procesal Penal Federal también crea una agencia destinada a asesorar a los jueces en estos temas. El art. 223 dispone que en la audiencia de prisión preventiva la *Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas* “efectuará un informe sobre las condiciones personales y circunstancias que permitan discutir a las partes respecto de la libertad del imputado”.

Las herramientas algorítmicas apoyadas en datos empíricos (generalmente conocidas con la expresión en inglés *evidence-based tools*) pretenden predecir tanto la reincidencia como la fuga del imputado, utilizando probabilidades estadísticas basadas en factores tales como la edad, el historial de empleo y los antecedentes penales, las fugas previas, la gravedad del hecho imputado, etc. Se argumenta que su empleo favorece la reducción del uso de la prisión preventiva y de la fianza monetaria, evita los errores que se producen por las intuiciones y prejuicios subjetivos del ser humano, reduce la arbitrariedad que puede ser causada por factores tan simples como el cansancio, el hambre o la

³³ Cfr. Carlson, “The Need for Transparency in the Age of Predictive Sentencing”, cit., p. 309; Bagaric et al., “The Solution to the Pervasive Bias and Discrimination in the Criminal Justice System: Transparent and Fair Artificial Intelligence”, en *American Criminal Law Review*, n. 59, 2022, p. 97.

³⁴ Cfr. <https://pretrialrisk.com/es/national-landscape/how-many-jurisdictions-use-each-tool/>. Sobre el uso extendido de estas herramientas se puede ver también Pretrial Justice Institute, *Scan of Pretrial Practices*, Baltimore, 2019, p. 25 y ss.

distracción³⁵ y permite el ahorro de importantes sumas de dinero público, a través de una potente descarceración³⁶.

Estos instrumentos de análisis de riesgo han estado bajo ataque por parte de organizaciones no gubernamentales y por un sector de la academia, básicamente porque se sostiene que replican o reflejan los sesgos raciales y discriminatorios del sistema policial y judicial de los Estados Unidos. Quienes los defienden argumentan que la alternativa –continuar con el juicio *clínico* de los jueces– no es mejor y que los resultados que arroja el empleo de las herramientas son mucho más precisos y confiables que el mero juicio subjetivo –y a veces ni siquiera explicitado– que hacen los jueces para predecir riesgos. Se han hecho estudios que convalidaron, efectivamente, la superioridad predictiva del método actuarial sobre el clínico, en variados ámbitos, incluyendo aquel de la decisión judicial sobre riesgos procesales³⁷.

El empleo de las herramientas estructuradas ha demostrado ser, además, favorable para la reducción del encarcelamiento preventivo. Esto sucedió porque la asignación de puntajes de riesgo y su ubicación en escalas permitió comprender que, en muchos casos, se requerían medidas alternativas distintas de la prisión preventiva. En la práctica usual, la presencia de un riesgo –incluso justificado en un único factor, por ejemplo, la pena en abstracto con que se castiga el hecho imputado– suele llevar a la imposición de la prisión preventiva. La jurisprudencia argentina está plagada de resoluciones en las cuales, ante la presencia de uno o dos factores (por ejemplo, una condena previa y una imputación actual grave), la prisión preventiva se aplica prácticamente de modo automático. Pero esas evaluaciones clínicas realizadas por los jueces no suelen considerar los factores que contrapesan a aquellos factores negativos, por ejemplo, los lazos que la persona tiene con su comunidad, sus ataduras

³⁵ Al respecto, Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Debate, Buenos Aires, 2018, p. 64.

³⁶ Cfr. Hamilton, Melissa, “Evaluating Algorithmic Risk Assessment”, en *New Criminal Law Review*, n. 24, 2021, ps. 164-168.

³⁷ Véase, por ejemplo, Goel, Sharad et al., “The Accuracy, Equity, and Jurisprudence of Criminal Risk Assessment”, en Roland Vogl (ed.), *Research Handbook on Big Data Law*, Ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2021, p. 9 y ss.

familiares, su situación laboral y, quizás, su condición de sostén de una familia. Una correcta mensuración del riesgo podría indicar, en un caso que incluso presentara uno o más factores de riesgo claros, que, sin embargo, la medida adecuada no es la prisión preventiva, sino probablemente otra, como podría ser un monitoreo electrónico o incluso un arresto domiciliario.

Hay buenas razones para pensar que estas herramientas ayudarán a los jueces a tomar decisiones más precisas y exactas en términos de predicción. Desde ya, tratándose de predicciones, ellas nunca podrán ser cien por ciento seguras, pero la disponibilidad actual de grandes masas de volúmenes de datos nos abre las puertas para que los jueces puedan ser bien orientados en sus decisiones que involucran predicciones de riesgos, esquivando arbitrariedades, desigualdades y, sobre todo, evitando decisiones que se suelen fundar en intuiciones y especulaciones sin mayor sustento. El tema está abierto y la discusión actual es muy ardua. De hecho, es una de las varias ramificaciones de la discusión más general sobre el empleo de *big data* e inteligencia artificial en el ámbito judicial.