

La prisión preventiva como ejercicio desnudo del poder en los conceptos de Michael Foucault

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/03/2022

**Aprobado:** 28/03/2022

## La prisión preventiva como ejercicio desnudo del poder en los conceptos de Michael Foucault

*Preventive prison as a power's naked exercise in the Michael Foucault's concepts*

**Por Gabriel Horacio Gómez Benítez<sup>1</sup>**

*Universidad de Buenos Aires*

**Resumen:** En este artículo me propongo analizar el instituto de la prisión preventiva, su origen político y su significado histórico. Buscaré descubrir una explicación que dé cuenta de su permanencia en la práctica jurídica actual a través de las ideas de Michael Foucault.

**Palabras clave:** Prisión preventiva – Historia del derecho – Derecho penal – Michael Foucault.

**Abstract:** *In this article, I propose to analyze the preventive prison institute, its political origin and historical significance. I will search*

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Teoría General del Derecho (UBA). Doctorando en la Modalidad de Cursos Intensivos de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del equipo de investigación DeCyT 2018-2020, DCT1824, "La obra codificadora de Carlos Tejedor y su significado. Sus ideas a través de la enseñanza del derecho penal", bajo la dirección del profesor Sandro Olaza Pallero. Correo electrónico: gabrielgomezbenitez@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1542-9830>.

*to discover an explanation that accounts its permanence in current legal practice through the Michael Foucault's ideas.*

**Keywords:** *Preventive Prison – Law history – Criminal law – Michael Foucault.*

Julio Maier (2018) llama a la privación de la libertad o el encarcelamiento preventivo un “sufrimiento con una finalidad meramente procesal” (p. 6). La medida cautelar de prisión preventiva representa una decisión extremadamente delicada, que limita el derecho de libertad personal teniendo como base justificativos de orden procesal que motivan su aplicación.

La complejidad de la prisión preventiva recae en su naturaleza como instituto extremo de ejercicio del derecho punitivo, y representa un tema de debate permanente en sus dos vías, entre quienes la aceptan sin reparo y quienes objetan su aplicación generalizada. Evidentemente, estas posiciones resultan irreconciliables; más aún en la medida en que la aplicación del instituto, según la doctrina universalmente aceptada, debe ser excepcional, cuando no existe ninguna alternativa de medida cautelar que pueda garantizar la comparecencia del procesado al juicio, o para el cumplimiento de la pena impuesta al infractor de la ley.

Sin duda, este tema toca al estudio de los derechos humanos, en lo relacionado con el derecho a la libertad personal, la garantía del debido proceso, y un especial cuidado a la dignidad del hombre.<sup>2</sup> El tema de la prisión preventiva suele verse como un problema medular en el accionar de nuestra Justicia continental. Tanto el juicio penal es castigo, que a menudo hasta el imputado queda sujeto a él, *in vinculis*, como si ya hubiese sido condenado; el problema es que es castigado para saber si debe ser castigado (Carnelutti, 1950).

---

<sup>2</sup> Hervada Xiberta (1991), al definir qué son los derechos humanos, nos enseña que “en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, *reconocidos*, pero no otorgados por la sociedad. Unos derechos que no están jeados al arbitrio del individuo –no puede renunciar a ellos– ni de la sociedad y el poder” (p. 226).

La importante obra de Foucault *Las palabras y las cosas (Les Mots et les choses)*, publicada en 1966, lleva un interesante subtítulo: *Una arqueología de las ciencias humanas (Une archéologie des sciences humaines)*. En efecto, el prefacio la presenta como una arqueología antes que como una historia en el sentido tradicional del término. Lejos está de nuestro poder emular al genio francés, pero poco podríamos hacer a su respeto si no trazáramos un devenir histórico de lo que significa la cárcel, y puntualmente la prisión preventiva en el mundo occidental.

## Legislación actual

La presunción de inocencia es un principio jurídico<sup>3</sup> penal que establece la regla de que toda persona tiene *per se* el estado de inocente, que solo puede destruirse a través de un debido proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad siguiendo reglas establecidas *a priori* por la ley.

En el caso argentino, nuestra Constitución norma el debido proceso en su artículo 18, que permanece sin cambios desde 1860.

Artículo 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley

---

<sup>3</sup> Definimos "principio jurídico" con los conceptos del profesor Rabbi-Baldi Cabanillas (2019): "ciertos 'estándares' o 'criterios generales u orientativos' de conducta discernidos en los casos concretos y, desde ahí, elevados a soluciones generales y generalizables, la primera alude a una proposición que actúa ante un supuesto de hecho preciso, de ordinario emanado de costumbres sociales cuya verificación en la realidad genera su inmediata aplicación" (p. 276).

antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

El ordenamiento internacional recepta también este principio, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Según su artículo 11,

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, en su artículo 8 menciona las garantías judiciales: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La primera “positivación”<sup>4</sup> del principio fue establecida en Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

Article 9 – Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.<sup>5</sup>

Es curioso que la primera vez que se establece el principio de inocencia como regla también es la primera vez que se ve la rendija de la excepción.

## La historia del sistema

La historia de las garantías penales, como es sabido, tiene su importante paso en el liberalismo del siglo XVIII. Pero, “sin restarle nada de mérito a Beccaria y a todos los iluministas del siglo XVIII, lo cierto es que el discurso penal crítico surgió mucho antes y no cabe duda de que sus elementos se hallaban presentes –al menos– desde la *Cautio criminalis* de Spee de 1631” (Zaffaroni, 2005, p. 169).

Explicado de una forma más bien burda, el sistema era distinto antes de la Revolución francesa.

---

<sup>4</sup> Siguiendo un tanto libremente el planteamiento de Hervada Xiberta (1980), el término alude al “paso a la vigencia histórica (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma” tanto natural cuanto positiva de derecho (pp. 177-178, nota 42).

<sup>5</sup> “Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley” (traducción propia).

Atento al sistema inquisitivo prerrevolucionario, el inculpado no era considerado un simple sospechoso, se le detenía para investigar considerándosele culpable, a este, le correspondía la carga de la prueba para destruir su presunta culpabilidad y demostrar su inocencia; en este modelo de enjuiciamiento, se invirtió el axioma *actori incumbit probatio*, al actor le incumbe probar, aun así, cuando el inculpado lograba demostrar su inocencia, como consecuencia natural el acusador proveía medidas cautelares de carácter personal, para quebrar voluntades. (Lozano Guerrero, 2012, p. 318)

Haremos entonces un breve rastreo de antecedentes propios, de nuestro proceso continental hispano, en un recorrido del cambio del derecho germano al derecho medieval, para llegar al Estado moderno. Recordamos que

ya el derecho penal castellano bajomedieval, por efecto de la penetración del derecho común,<sup>6</sup> había iniciado el tránsito de la esfera privada (propia del derecho germánico) a la pública y pasado a ser, de una actividad de interés preferentemente particular, otra predominantemente estatal o real. (Levaggi, 1942, p. 25)

---

<sup>6</sup> El *ius commune* es un concepto dogmático que tiene su origen en la Baja Edad Media (siglos XIV y XV), resultado de un largo proceso histórico, que congloba el derecho romano legado por el *corpus iuris civilis* del siglo V –aunque redescubierto en el siglo XI– y el *corpus iuris canonici* –que comenzó a compilarse en el siglo XII; en conjunción con la considerable labor de intérpretes y juristas sobre ambas obras, en general agrupados en las llamadas escuelas de glosadores y comentaristas.



Un cambio fundamental ocurrió en torno a la finalidad que perseguía el procedimiento penal y, como consecuencia, a su estructura. Recuérdese que el enjuiciamiento germano se resumía en una lucha o combate franco entre acusador y acusado frente a tribunal popular que decidía, sometido a reglas, en procura de que la razón esplendiera a través del triunfo en la lid. Ello, además de representar, con el avance de los tiempos, un método irracional de decisión que sometía a los físicamente débiles, terminó por avalar un sistema de supremacía y poder, cuando se permitió designar representantes para que combatieran por el litigante. Un sistema que concibió la finalidad del procedimiento como método para averiguar la verdad histórica debió imponerse fácilmente por la vía de la razón y de la liberación popular. El Derecho real, abrevado en las fuentes del Derecho romano-canónico, impuso este método más civilizado y culto, aun cuando terminó, en razón de la concepción de sus metas como absolutas, por someter al hombre a la peor servidumbre e indignidad. (Maier, 2004, p. 295)

Es propio de este cambio de época concebir el derecho como una función del Estado, pues los hombres que en él viven conviene –como dicen novedosamente las Partidas de Alfonso X– que sean acordados por igualdad de derecho.

Onde pues que en la quinta Partida deste libro fablamos de todos los pleytos et posturas que los homens facen et ponen entre sí de comienzo á placer de armas las partes, de que nasce contienda que se ha despues á partir por

derecho de justicia; et otro si mostramos en la sexta de los testamentos et herencias de los que mueren, sobre que acaescen grandes desacuerdos, que conviene que sean acordados por egualdat de derecho; queremos aqui mostrat en esta setena Partida daquela justicia que destruyendo tuelle por cruos escarmientos las contiendas et los bollicios que se levantan de los malos fechos, que se facen á placer de la una parte et á daño et á deshonta de la otra; ca ests fechos tales son contra los mandamientos de Dios, et contra buenas costumbres, et contra los establecimientos de las leyes et de los fueros derechos. (Partida Séptima, preámbulo)

Esta concepción, en el campo del derecho criminal, atribuye a la autoridad pública no solo la jurisdicción y la ejecución de las penas, sino el exclusivo interés en el castigo del reo, ya que su finalidad no es la venganza sino el orden, para cuya guarda fue la autoridad instituida “quod gladius qui ad vindictam malorum, laudem vero bonorurnin ventus extitit, in facinorosos sie saeviat quod innocios tueatur” (Pragmática, de Alfonso IV de Aragón, 1335).<sup>7</sup> Y encuentra su fórmula en una frase de Pedro IV: “cum ipsa stimatio ad nos, ut Principem, et ad nullum alium pertineat” (en López-Amo Marín, 1956, pp. 554-555).

Esta tendencia se orientó en dos direcciones: la primera, la de implantar un sistema de penas de derecho público que sustituyera a la venganza de la sangre. El sistema de la venganza, como la composición, en vez de asegurar el castigo de los crímenes los dejaba con

---

<sup>7</sup> Disponible en: [https://books.google.com.ar/books?id=peQ1AQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ar/books?id=peQ1AQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

frecuencia en la impunidad, favoreciendo indirectamente su repetición. (Levaggi, 1942, pp. 25-26)

Venganza era el derecho de castigar al delincuente, aun con pena de la vida, fuera por la parte ofendida, por su parentela o por la comunidad, según los casos. Frente a este derecho, el delincuente se encontraba en estado de *inimicitia*, o sea, de indefensión jurídica, por haberle ocasionado el delito la “pérdida de la paz”. La composición –institución del mismo origen– era la conmutación por acuerdo de partes, pero en favor de la parte ofendida, de una pena de sangre por otra pecuniaria.

La segunda dirección: hacia la conquista del procedimiento inquisitivo. Si no obstante imponer la pena, el poder público solo hubiera podido actuar a instancia o por acusación privada, su autoridad habría sido menguada. De allí que en el prólogo de la Partida VII se lea que los jueces, de tres maneras pueden saber la verdad de los malos hechos que los hombres hacen: por acusación, pero también “por denuncia, o por oficio del juzgador haciendo por ende pesquisa”, con lo cual se dio el paso necesario para que el representante público pudiera acusar al autor del delito, con prescindencia de la parte ofendida. (Levaggi, 1942, p. 26)

La transformación del proceso judicial de una serie de combates a la conclusión de un sumario provocó un evidente cambio de formas. A partir de ahí, el testimonio y la confesión se conformaron en el foco del proceso y base de decisiones judiciales. La necesidad de acomodarse a las nuevas exigencias políticas, que imponían una nueva ideología en la materia, buscó organizar la función judicial con otros fines.

Nace entonces la persecución de oficio, para consolidar la autoridad real, ya que la acción no estaba supeditada al ofendido sino que la paz social importaba un deber de la autoridad. Se afirmó la prevención, la autorización para que los funcionarios investigasen la posible comisión o preparación de un delito, la sospecha de que llegara a ocurrir. *Salus populi suprema lex est* fue el aforismo que se acuñó para interpretar la nueva usanza de la aplicación penal.

Volviendo al eje histórico, la crisis que el feudalismo enfrentó en el siglo XIV se originó en un acrecentamiento de la presión fiscal de los señores sobre los productores que se tornó intolerable. Este aumento de la presión señorial —que en realidad debe ser rastreado en el siglo XIII— tuvo como consecuencias el despoblamiento, las hambrunas y las pestes que asolaron hacia finales de ese siglo y durante casi todo el XIV. La crisis originó un cambio en la estructura agrícola, propició una conmutación de las cargas señoriales e implicó el avance de la monetarización de la economía con un incipiente desarrollo de la industria a domicilio y una participación más concreta de los campesinos en los mercados de la época.

Esta crisis no implicó el fin del feudalismo, sino un golpe estructural que obligó, para el mantenimiento del modo de producción, el cambio básico de cuestiones económicas que podían ser viabilizadas solamente a través de un cambio político fundamental. Hasta ese momento, es decir, hasta los siglos XIII-XIV, las estructuras políticas se caracterizaron por la descomposición de la autoridad monárquica. Los príncipes regionales se apropiaron de las prerrogativas reales que habían sido delegadas en ellos, lo que conllevó una fragmentación que fue de hecho una adaptación de la organización política a las estructuras de la vida material (Duby, 1996).

Esta fragmentación política tuvo su contrapartida en el conflicto entre el Papado y el Imperio. Este conflicto

estaba basado en una ordenación de un espacio único, una utopía en pos de un orden universal. Es una polémica que se desarrolla desde el siglo XI hasta el siglo XIV, que tiene como base la dirección de la *Respublica christiana* y que implicó por parte del papado un intento de fundamentar su independencia y el sometimiento del poder temporal [...] Esta nueva estructura que aparece en la Europa moderna, incipientemente durante el siglo XV pero principalmente desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII, es una nueva forma de la realidad política, una nueva manera de plantear el problema del ejercicio de la soberanía, del ejercicio del poder y del gobierno. (Heffes, 2012, pp. 77-78)

Todo este movimiento en el aspecto político tiene sus derivaciones en los campos institucionales y, en especial, en el espacio jurídico penal.

El resurgimiento del derecho romano, uno de los grandes movimientos culturales del período, correspondía ambigualmente a las necesidades de las dos clases sociales cuyo poder y categoría desiguales dieron forma a las estructuras del Estado absolutista en Occidente. (Anderson, 1996, p. 16)

El resurgir del derecho romano durante la Edad Media condujo, pues, a un esfuerzo de los juristas por “solidificar” y delimitar los conceptos de propiedad, inspirados por los preceptos clásicos ahora disponibles. Pero la “recepción” decisiva del derecho romano –su triunfo jurídico general– ocurrió en la era del Renacimiento, correlativamente con la del absolutismo.

El derecho romano se convirtió en la posibilidad de sustentación del reino, fundamentando el poder discrecional del monarca, y se convirtió, además, en un arma intelectual que permitió la eliminación de la fragmentación política proveyendo a la integración territorial y al centralismo administrativo. (Heffes, 2012, p. 79)

El absolutismo fue esencialmente eso: un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal [...] El Estado absolutista nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni, mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada (Anderson, 1996, p. 9)

Como toda institución, el Santo Oficio se constituye en un guardián de los intereses representados por el Estado absoluto, del orden establecido. Intereses y orden vienen impuestos y definidos por la clase dominante. Tal identidad o, mejor dicho, tal supeditación explica la existencia del tribunal durante cerca de 350 años. (Colás Latorre, 1989, p. 224)

Ahora, las garantías penales como óbice al poder del Estado absoluto nacen también en el contexto de la lucha contra el *Ancien régime* para fortalecer el Estado burgués del siglo XVIII y XIX. Las reformas del enjuiciamiento penal fueron emprendidas decididamente por los filósofos prácticos del siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltaire. A partir de la necesidad de imponer un sistema republicano de gobierno para reemplazar el absolutismo monárquico, se llegó a postular un sistema de enjuiciamiento penal bajo la influencia del derecho inglés.

Para ejemplificar, podemos citar los *Cahiers de doléances* (cuadernos de quejas), los memoriales o registros que las asambleas de cada circunscripción francesa –encargada de elegir a los diputados en los Estados Generales– rellenaban con peticiones y quejas. Si bien ya tenían uso desde el siglo XIV, los más importantes fueron redactados en mayo y junio de 1789, durante la Revolución francesa. Algunos puntos relacionados con la materia del procedimiento, que todavía siguen siendo tema de discusión, ya aparecen en las *Peticiones de los Cahiers* (Agudelo Betancur, 1989). En ellas el principio fundamental era la presunción de inocencia –ítem que nos es caro en el presente análisis y en toda nuestra cultura jurídica actual–.

Y de aquí se desgranaban, como consecuencia, resultados fundamentales en la cultura de derecho que se gestaba poco a poco. Si esto es cierto, si el hombre se presume inocente, se decía por el distrito de Montpellier, es necesario que el reo “no sea expuesto a ninguna humillación, y que sea tratado con cuidado y sin rigor por parte de los jueces y guardianes”. Pero además, si es inocente, hay que reconocerle derechos: “Que la instrucción en descarga marche a la par con la instrucción en carga”, o, como se dice hoy, que se investigue tanto lo desfavorable como lo favorable (distritos de Caen, Evreux y Montpellier); además, debe existir igualdad de las partes en el proceso, de tal forma que el acusado tenga tantos medios de justificarse como el otro los tenga para vencerlo”, se reclama por el distrito de Alenzón; en fin, el procesado debe tener derecho a que se le comuniquen los cargos, a presentar testigos y, en todo caso, a deducir desde el principio razones que excluyan su responsabilidad. (Agudelo Betancur, 1989, p. 310)

## En las ideas de Foucault

Ahora intentaremos dar sentido, desde el análisis de Foucault, a ciertas lógicas que subyacen a estas formas procesales. Este pensador argumenta que el cambio de la modernidad trae una nueva forma en que el poder ejerce la soberanía.

Podríamos decir esto: todo sucedió como si el poder, que tenía la soberanía como modalidad y esquema organizativo, se hubiera demostrado inoperante para regir el cuerpo económico y político de una sociedad en vías de explosión demográfica e industrialización a la vez. De manera que muchas cosas escapaban a la vieja mecánica del poder de soberanía, tanto por arriba como por abajo, en el nivel del detalle y en el de la masa. Para recuperar el detalle se produjo una primera adaptación: adaptación de los mecanismos de poder al cuerpo individual, con vigilancia y adiestramiento; eso fue la disciplina. (Foucault, 2001, p. 226)

Este modelo disciplinario se entronca con lo que él llama las técnicas biopolíticas<sup>8</sup>, las cuales se encargarán de poner en entredicho la vida de ciertas poblaciones a través de la administración de la vida, a diferencia de las prácticas disciplinarias, que se encargaban de la nor-

---

<sup>8</sup> Si bien este neologismo no es de la autoría de Foucault, su popularidad se debe sobre todo a su obra. El término identifica una forma de poder específica de la modernidad, el *biopoder*, que se ejerce no ya sobre los territorios sino sobre los individuos y la población; “un poder que se hizo cargo del cuerpo y de la vida o que, si lo prefieren, tomó a su cargo la vida en general, con el polo del cuerpo y el polo de la población” (Foucault, 2001, p. 229).



malización de los individuos. El cuidado de la vida natural de la “masa social” se convierte en la actividad principal del Estado moderno.

A través de la categoría de “gubernamentalidad”, Michael Foucault (1991) intentó dar cuenta de esta relación durante la modernidad: el contacto entre las tecnologías de dominación de los demás y las referidas a uno mismo.<sup>9</sup> Esta palabra alude a tres cosas:

Entiendo el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad. Segundo, por “gubernamentalidad”, la tendencia, la línea de fuerza que, en todo Occidente, no dejó de conducir, y desde hace mucho, hacia la preeminencia del tipo de poder que podemos llamar “gobierno” sobre todos los demás: soberanía, disciplina, y que indujo, por un lado, el desarrollo de una serie de aparatos específicos de gobierno [y por otro] el desarrollo de toda una serie de saberes. Por último, habría que entender la “gubernamentalidad” como el proceso o, mejor, el resultado del proceso en virtud del cual el Estado de justicia de la Edad Media, convertido en Estado administrativo durante los siglos XV y XVI, se “gubernamentalizó” poco a poco. (Foucault, 2000, p. 136)

---

<sup>9</sup> Véase García Romanutti (2014).

Gubernamentalidad es, a la sazón, un concepto inventado por el filósofo francés que hace referencia a una economía específica de poder respecto de un gobierno visto como una forma técnica general que va desde el propio autocontrol hasta el control de las poblaciones; de ahí la biopolítica.

La gubernamentalidad aparece así como el conjunto práctico que pone en juego ciertas tecnologías de gobierno (los dispositivos de seguridad) para ejercer su poder a través de un conjunto de saberes (entre los cuales se destacan la estadística y la economía política) sobre el conjunto de la población. El resultado del lento proceso de gubernamentalización del poder, a través de la articulación de esas técnicas y esos saberes, es el Estado tal como lo conocemos: complejísimo dispositivo en el que se articula un régimen de gubernamentalidades múltiples, campo estratégico que se abre para la acción de los gobernados. (García Romanutti, 2014, pp. 58-59)

Este Estado moderno, con sus incidencias contemporáneas, es el que tiene el problema señalado en un principio y que queremos abordar. Una vez explicado lo anterior, no es difícil imaginar que la contracara de las garantías penales que van forjándose en el liberalismo sea –junto con el control de dispositivos como la prisión– ciertas prácticas judiciales que evaluaríamos como impropias si las viéramos desde la perspectiva meramente legalista.

es precisamente el Estado la institución articuladora y codificadora del resto de las instituciones –la institución médica incluida, y con ella el régimen del biopoder–, y [...] la gubernamentalidad es el campo estratégico en el

cual se articula una economía general del poder concebida como el conjunto de las tecnologías de gobierno y las racionalidades políticas [...] Ello explicará también que Foucault se refiera al liberalismo, es decir, al régimen de gubernamentalidad (neo)liberal, como el marco general de una biopolítica, como su condición de inteligibilidad (desde que los sujetos de derecho sobre los que se ejerce la soberanía política aparecen como una población que un gobierno debe manejar). (p. 59)

Enmarcado el contexto, no debemos dejar de hacer foco en el objetivo que primariamente importarían las instituciones judiciales y carcelarias para poder dar una explicación íntegra al problema señalado.

En uno de sus primeros abordajes sistemáticos de la cuestión biopolítica, Foucault acuñó dos fórmulas que mostraron las diferencias infranqueables que, a su juicio, distinguían la soberanía de la biopolítica. El pensador francés se refirió al accionar propio de la soberanía al decir que “el viejo derecho de *hacer* morir o *dejar* vivir fue reemplazado por el poder de hacer *vivir* o de *rechazar* hacia la muerte” (Foucault, 2002, p. 167).

Otra consecuencia del desarrollo del biopoder es la creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley [...] Pero un poder que tiene como tarea tomar la vida a su cargo necesita mecanismos continuos, reguladores y correctivos [...] No quiero decir que la ley se borre ni que las instituciones de justicia tiendan a desaparecer; sino que la ley funciona siempre más como una norma, y que la institución judicial se integra cada vez más en un *continuum* de aparatos (médicos, administrativos,

etc.) cuyas funciones son sobre todo reguladoras.  
(Foucault, 2002, p. 174)

Con la mirada del pensador francés, podemos llegar a concluir que el fin del aparato judicial como institución es ordenar, antes que la teológica función de “justicia”. No parece desajustado, consiguientemente, que la prisión preventiva continúe siendo una regla, pese al claro mandato de la norma *a contrario sensu*. El mismo autor sostiene que la elaboración del pensamiento jurídico se hace esencialmente en torno del poder real. “El edificio jurídico de nuestras sociedades se construyó a pedido del poder real y también en su beneficio, para servirle de instrumento o de justificación” (Foucault, 2000, p. 35). “El sistema del derecho y el campo judicial son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfas” (Foucault, 2000, p. 36). Para él, se trata de captar el poder por el lado del extremo cada vez menos jurídico de su ejercicio: esa era la primera consigna dada.

en vez de preguntarse cómo aparece el soberano en lo alto, procurar saber cómo se constituyen poco a poco, progresiva, real, materialmente, los súbditos [*sujets*], el sujeto [*sujet*], a partir de la multiplicidad de los cuerpos, las fuerzas, las energías, las materias, los deseos, los pensamientos, etcétera. (Foucault, 2000, p. 37)

No deja de ser llamativo el rol que cumple el aparato jurídico-legal para la estructuración del poder. En esa relación intrínseca que puede verse como garante en la justificación de esa soberanía cabe preguntarse por la naturaleza de la aludida prisión preventiva. La respuesta que debemos aventurar parece clara: el ejercicio arbitrario de la prisión preventiva es el ejercicio de poder desnudo más elocuente en el Estado de derecho moderno. Un poderío que es ejercido desde lo más central

y neurálgico del poder mismo. Usando lo que Foucault (2002) dice sobre Sade en relación con el sexo, pero pensándolo con afinidad el poder punitivo de la prisión preventiva, este

carece de norma, de regla intrínseca que podría formularse a partir de su propia naturaleza; pero está sometido a la ley ilimitada de un poder que no conoce sino la suya propia; si le ocurre imponerse por juego el orden de las progresiones cuidadosamente disciplinadas en jornadas sucesivas, tal ejercicio lo conduce a no ser más que el punto puro de una soberanía única y desnuda: derecho ilimitado de la monstruosidad todopoderosa. (p. 89)

El ejercicio de este poder no va a ser nunca frenado en su lógica, porque presenta la más descarnada e ilimitada potestad que tiene el *poder juzgatorio* –en manos del magistrado– de disponer de la libertad y la vida del reo. Es la representación más pura de ese poder que se vuelve sobre un individuo, sin importar incluso la negación expresa que clama la norma sobre dicha potestad. Una expresión genuina y sin ningún resorte de la fuerza del *imperium* en toda su grandeza, desplomándose sobre la individualidad despojada del hombre, que ya ni siquiera tiene el resguardo de la ley para abrigarse.

Si ese es el trasfondo, entonces la tarea es más ardua para los operadores del derecho. Podemos así entender por qué la doctrina y la crítica en la academia están de acuerdo en el ideal de la norma; pero aun así, la realidad sustantiva sigue siendo otra. Es por eso que entender estos fenómenos desde esas aristas nos hará eventualmente llegar a mejores soluciones.

## Bibliografía

- AGUDELO BETANCUR, N. (1989). “La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración”. En: *Nuevo Foro Penal*, N° 45.
- ALFONSO EL SABIO (2008). *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio: cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0k2b9>.
- ANDERSON, P. (1996). *El Estado absolutista*. México: Siglo XXI.
- CARNELUTTI, F. (1950). *Derecho Procesal Civil y Penal II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa.
- COLÁS LATORRE, G. (1989). *Inquisición y Estado Absoluto. Historia de Aragón, Vol. 1. (Generalidades)*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico.
- DUBY, G. (1996). *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea. (500-1200)*. México: Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1991). *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Barcelona: Paidós.
- (2000). *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2001). *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2002). *Historia de la sexualidad, 1. La voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- GARCÍA ROMANUTTI, H. (2014). “El Estado según Foucault: soberanía, biopolítica y gubernamentalidad”. En: *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 19, N° 66. Recuperado de: <http://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=27937089006>.
- HEFFES, O. D. (2012). “Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad”. En: *Pensar en Derecho*, N° 1.
- HERVADA XIBERTA, J. (1991). “Derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/25/dh/dh8.pdf>.
- (1980). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Eunsa.
- LE GOFF, J. (1999). *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Paidós.
- LEVAGGI, A. (1942). *Historia del derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LÓPEZ-AMO MARÍN, Á. (1956). “El derecho penal español de la baja Edad Media”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXVI. Madrid: Ministerio de Justicia.
- LOZANO GUERRERO, F. (2012). “La presunción de inocencia”. En: CIENFUEGOS SALGADO, D. & FROTO MADARIAGA, G. (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual*. México: Editora Laguna.
- MAIER, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.
- (2018). “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46475-privacion-libertad-durante-procedimiento-penal-encarcelamiento-preventivo-hoy>.

- RABBI-BALDI CABANILLAS, R.** (2019). *Teoría del derecho*. 5ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abaco.
- ROMANO, R. & TENENTI, A.** (1998). *Los fundamentos del mundo moderno. Edad Media tardía, Reforma, Renacimiento*. México: Siglo XXI.
- ZAFFARONI, E. R.** (2005). “El derecho penal liberal y sus enemigos”. En: *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F.