

¿Un talismán para la justicia penal?: enfoques e interpretaciones sobre el uso de la prisión preventiva

**Revista Escuela Judicial:**

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

**Año:** 03 / N° 4 - Noviembre 2023

**Recibido:** 14/04/2023 **Aprobado:** 27/05/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.95>

# ¿Un talismán para la justicia penal?: enfoques e interpretaciones sobre el uso de la prisión preventiva<sup>1</sup>

*A talisman for criminal justice?: approaches and  
interpretations on the use of preventive detention*

*Ezequiel Kostenwein*<sup>2</sup>  
Universidad Nacional de La Plata

**Resumen:** Con este trabajo procuramos describir y analizar el problema de la prisión preventiva, entendiendo que no es solo una medida cautelar, sino una práctica judicial compleja que exige tener en cuenta diferentes perspectivas. En primer lugar aludiremos a la dogmática jurídica, principalmente porque se trata del enfoque que más tiempo lleva estudiando este fenómeno. Luego presentaremos la mirada que ofrecen diversas ONG, las cuales sugieren que se trata de una herramienta utilizada indiscriminadamente. La tercera perspectiva proviene de las ciencias sociales y pretende explicar el incremento de la prisión preventiva en particular, junto con el de la tasa de encarcelamiento en general, como resultado de procesos tanto históricos como coyunturales. Hacia el final ofreceremos nuestra postura al respecto, definiendo la prisión preventiva

---

<sup>1</sup> Esta es una adaptación y actualización del trabajo "Prisión Preventiva en Plural", publicado en *Direito e Práxis* en 2017, para la *Revista de la Escuela Judicial*, con foco en América Latina.

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Criminología (Universidad Nacional del Litoral). Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Investigador del CONICET. Profesor de Sociología Jurídica (UNLP). Correo electrónico: ezequielkostenwein@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0191-3744>.

por lo que produce, por las interacciones que es capaz de articular entre actores judiciales y extrajudiciales.

**Palabras clave:** Prisión preventiva – Dogmática – ONG – Justicia penal.

**Abstract:** *With this work we try to describe and analyze the problem of preventive detention, understanding that the latter is not only a precautionary measure, but a complex judicial practice that requires taking into account different perspectives. In the first place, we will allude to legal dogmatics, mainly because it is the approach that has been studying this phenomenon for the longest time. Then, we will present the view that various NGO's offer in this regard, which suggest that it is a tool used indiscriminately. The third perspective comes from the social sciences and seeks to explain the increase in preventive detention in particular, together with the increase in the rate of imprisonment in general, as a result of both historical and conjunctural processes. Towards the end, we will offer our position on the matter, defining preventive detention by what it produces, by the interactions that it is capable of articulating between judicial and extrajudicial actors.*

**Keywords:** Pre-trial detention – Dogmatics – NGO's – Criminal justice.

La prisión preventiva en América Latina es, por un lado, un instituto fácil de definir y, por otro, un fenómeno complejo de analizar e interpretar. Esto significa que puede ser presentada como algo simple de caracterizar: en la práctica se relaciona con la potestad que tienen los actores judiciales de predecir el comportamiento futuro de las personas procesadas. O, lo que es lo mismo, se trata de un *poder para prever* el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. Sin embargo, estas predicciones parecen estar más ligadas a la incapacitación que asegure el desarrollo del proceso con regularidad y no tanto con la posibilidad de demostrar la existencia de alguno de los riesgos procesales. A todo esto, si se evalúan las consecuencias de la aplicación del encierro preventivo, resultan dolorosas: mayor hacinamiento y peores condiciones penitenciarias, dificultades para utilizar otras medidas cautelares que eviten el encierro, injerencias poco deseables de parte de actores extrajudiciales sobre los tribunales, exacerbación por parte de la prensa de discursos de las autoridades políticas que exigen una utilización amplia de la prisión preventiva, todo lo cual la transforma en un talismán en el quehacer diario de la justicia penal.

Teniendo en cuenta esta situación, que es una adaptación y actualización de otro ya publicado en 2017, el presente trabajo buscará ir desde una definición convencional ligada a la dogmática jurídica, pasando por la situación actual de la prisión preventiva en la región que reflejan documentos e informes de organizaciones no gubernamentales (ONG), hasta la problematización de diversos abordajes provenientes de las ciencias sociales acerca de sus causas y efectos a nivel general. Para finalizar, ofreceremos nuestra postura al respecto, que trata de concebirla no solo por su carácter opresivo, sino por los vínculos que produce hacia el interior de la justicia penal.

## La dogmática del encierro preventivo

La perspectiva que más tiempo lleva trabajando la problemática de la prisión preventiva es aquella que proviene de una mirada internalista, característica de la ciencia o dogmática jurídica. Entendemos por ciencia o dogmática jurídica la disciplina que toma el derecho como norma escrita positiva, prescindiendo de los contextos y las relaciones sociales en las que esta norma escrita se promulga o aplica (Díaz, 1965). Por lo tanto, con la dogmática jurídica estamos frente a un enfoque normativo sobre el encarcelamiento preventivo, es decir, uno que presupone una coherencia interna y una lógica autorreferencial del derecho según las cuales la presunción de inocencia del imputado es el sostén del edificio jurídico y la prisión preventiva aquello que lo debilita.

Comenzaremos por dar una definición amplia de la prisión preventiva, y esto porque se trata de una medida cautelar que tiene algunos elementos comunes que podemos señalar más allá de los lugares y las coyunturas en los que se la aplica. Entonces, sugerimos que consiste en la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme –efectuada por un juez o tribunal competente– contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito. Según parte de la doctrina jurídica,<sup>3</sup> una vez que se comprueba la existencia de un ilícito y de indicios vehementes de la participación de quien está siendo investigado, el encierro preventivo suele fundarse en el peligro de fuga del imputado, en el

---

<sup>3</sup> Se entiende por doctrina jurídica el conjunto de producciones teóricas e investigativas llevadas adelante por los dogmáticos del derecho.

peligro de que este último pueda obstaculizar la averiguación de la verdad durante el proceso, o en ambos a la vez.<sup>4</sup>

Dicho confinamiento se vuelve problemático, principalmente por la contradicción que existe entre la prisión preventiva y el principio de inocencia. Considerado “principio de principios” a la luz del abordaje que hace la dogmática jurídica, el principio de inocencia es aquel que garantiza que cualquier persona sea considerada inocente mientras no exista un pronunciamiento firme que destruya ese estado jurídico. En definitiva, significa que todo individuo que no ha sido declarado culpable, aun siendo investigado por la comisión de un delito, aun habiendo sido condenado por medio de una sentencia no definitiva, goce de un trato diferente de aquel que ya ha recibido una condena firme (Bovino, 1998).

## **El encarcelamiento preventivo a nivel regional**

En la actualidad, América Latina posee un porcentaje excesivo de presos preventivos que, si bien varía según los países, podríamos definirlo como un problema que va más allá de las fronteras nacionales. Aunque las estadísticas puedan tener ciertas variaciones, los porcentajes de personas encarceladas cautelarmente en la región oscila entre el 13 % de la población penitenciaria hasta casi el 80 % en algunos casos.

---

<sup>4</sup> En algunos países de América Latina existen otros riesgos procesales que pueden habilitar el uso de la prisión preventiva, sin embargo, el peligro de fuga o el entorpecimiento en la investigación son los más relevantes a nivel regional.

<b>País (año)</b>	<b>Número de personas en prisión preventiva</b>	<b>Porcentaje de personas en prisión preventiva</b>
Paraguay (2015)	9,922	77.9 %
Bolivia (2018)	12,537	69.9 %
Uruguay (2017)	7,726	69.7 %
Haití (2018)	5,929	66.8 %
Venezuela (2017)	35,970	63.0 %
Honduras (2017)	9,660	53.1 %
Panamá (2018)	8,584	53.0 %
Guatemala (2018)	12,636	51.8 %
Argentina (2016)	36,374	47.7 %
Perú (2018)	35,029	39.8 %
México (2018)	80,442	39.4 %
Brasil (2018)	244,306	35.4 %
Ecuador (2018)	13,073	34.9 %
Chile (2018)	14,628	33.9 %
Colombia (2018)	40,070	33.6 %
El Salvador (2018)	11,434	29.5 %
Nicaragua (2016)	3,140	21.4 %
Costa Rica (2016)	2,543	13.3 %

Fuente: The World Prison Brief.

Además de ser datos en algunos casos impactantes, como por ejemplo Paraguay (78 %), Bolivia (70 %), Uruguay (70 %) y Venezuela (63 %), es importante articularlos con el incremento que ha venido experimentando el uso de la prisión preventiva en estos países durante los últimos años. Esto nos permite confirmar que el encierro de personas jurídicamente inocentes se ha venido agravando en América Latina, región que después de África es la que mayor porcentaje de presos preventivos tiene a nivel mundial.

País (año)	Años	Incremento porcentual de la prisión preventiva
Venezuela	2000-2016	516.5 %
Nicaragua	2004-2016	289.1 %
Brasil	2000-2018	209.2 %
Guatemala	2001-2018	180.8 %
Bolivia	2005-2018	149.3 %
Ecuador	2001-2018	139.8 %
El Salvador	2002-2018	135.1 %
Perú	2001-2018	121.6 %
Paraguay	2004-2016	103.5 %
Colombia	2000-2018	88.2 %
Panamá	2000-2018	63.9 %
Uruguay	2007-2017	48.6 %
Argentina	2002-2016	37.4 %
Costa Rica	2002-2016	35.3 %
Honduras	2005-2017	31.3 %
México	2000-2018	25.6 %
Chile	2000-2018	-11.6 %

Fuente: The World Prison Brief.

El cuadro anterior muestra, además, que la gravedad del fenómeno no es solo un problema reciente, sino que, por el contrario, se viene desplegando desde hace más de una década. Al respecto, un elemento importante para comprender el fenómeno de la prisión preventiva en América Latina es el trabajo que realizan diferentes ONG, entre otras razones, porque sus informes y documentos han servido para transformar dicha medida cautelar en un problema público. Como veremos a continuación, estos informes y documentos advierten que el uso excesivo de la prisión preventiva es el que provoca una situación de sobrepoblación y hacinamiento de una gran cantidad de presos. Dicho perjuicio lo padecen los internos de



muchas de las cárceles y comisarías, ya que sus condiciones de habitabilidad son lesivas. Esta situación, plantean las ONG, podría ser modificada si los poderes del Estado se comprometen y trabajan mancomunados para erradicar la aplicación innecesaria de la prisión preventiva.

Un ejemplo de estos informes es el del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), que en el año 2009 publicó su primer documento sobre *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*. Allí se afirma que la regulación de esta medida cautelar ha sido uno de los temas más controvertidos en las reformas a la justicia criminal que tuvieron lugar en casi todos los países de la región. Estas reformas comenzaron a implementarse a partir de la última década del siglo XX y, según dicho informe, intentaron ir en contra del uso extendido del encarcelamiento cautelar que por aquel entonces se encontraba naturalizado. Se trataba de dejar de ver la prisión preventiva como una pena anticipada y empezar a considerarla una medida excepcional que debía ser utilizada solo en los casos donde fuese imprescindible para el desarrollo del proceso. Esta búsqueda de transformación dentro de la región se vio interrumpida a comienzos de los años 2000 por un fenómeno que este trabajo del CEJA definió como “período de contrarreforma”.

Tal como afirmamos en trabajos anteriores:

Como consecuencia de dicho período, en buena parte de los países latinoamericanos la regulación de la prisión preventiva se “endureció”, estableciéndose delitos que necesariamente exigían la aplicación de esta medida cautelar sin importar si existían riesgos procesales por parte de quienes estuviesen acusa-

dos de haberlos cometido. En segundo lugar, la contrarreforma restringió la posibilidad de que se utilicen otras medidas cautelares que eviten el encierro, como por ejemplo el arresto domiciliario. A su vez, se ampliaron las causales de procedencia de la prisión preventiva, por lo que había legalmente más posibilidades para aplicarla. Concluye el documento que para que exista un verdadero programa con el cual moderar el uso de la prisión preventiva, los sistemas procesales penales deben estar en condiciones de mostrar tanto eficacia en la persecución penal como eficiencia en el uso de las medidas cautelares personales.

En el informe *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, presentado en 2013 por la fundación Due Process of Law, se articula el problema de la prisión preventiva con una variada serie de fenómenos. El primero de ellos es el que enfrenta la presunción de inocencia de los imputados con la inseguridad ciudadana, hasta volverlas prácticamente irreconciliables. Esto equivale a decir que el hecho de no encarcelar preventivamente a quien está siendo investigado por un caso delictivo grave o resonante provoca en la comunidad un sentimiento de impunidad. Y según el informe, es esto lo que permite el gran respaldo popular a políticas “duras” en la represión del delito, en especial por la necesidad de neutralizar a individuos que, si bien son jurídicamente inocentes, resultan en apariencia amenazantes. Otro fenómeno que gravita para la fundación en la *deformación* de la prisión preventiva es la intervención oportunista tanto de la clase política como de los medios de comunicación. Existiría una exaltación por parte de la prensa de aquellos discursos de las autoridades políticas que pugnan por una utilización amplia

de la prisión preventiva, junto al aprovechamiento “electoralista” de dichas autoridades para exhibirse como enérgicos opositores a cualquier actitud indulgente respecto de los presuntos autores de delitos. El documento también alude a la debilidad institucional de los actores judiciales, debilidad que se encuentra atravesada por una cultura judicial proclive a la aplicación de la prisión preventiva. Y la situación descrita es más delicada en contextos como el latinoamericano, puesto que en sus tradiciones judiciales la presunción de inocencia parece tener un lugar sumamente frágil. (Kostenwein, 2017, pp. 952-953)

Otras investigaciones señalan que la incidencia de los presos preventivos es contundente en el marco de un problema más general, que es el de las severas condiciones carcelarias, incidencia que pasa inadvertida o se la toma como un elemento irremediable de la realidad penitenciaria (CEJA, 2011). También se indica que durante el proceso penal determinados actores, en particular policías y fiscales, pueden imponerse sobre otros, como es el caso de los defensores, favoreciendo de ese modo el uso de la prisión preventiva. A su vez, según algunos documentos, el encierro preventivo se vuelve un elemento de “chantaje” para las personas que lo están sufriendo, ya que las obliga a aceptar juicios abreviados para salir de prisión antes de lo que podrían hacerlo si esperasen un juicio ordinario, incluso debiendo confesar delitos que no han cometido (Dünkel y Vagg, 1994; INECIP, 2012).

## La prisión preventiva como instrumento

Desde las ciencias sociales también se ha buscado describir y explicar el fenómeno de la prisión preventiva, especialmente a partir de procesos que exceden el ámbito judicial. Esta perspectiva está arraigada en un presupuesto que es el de considerar la medida cautelar mencionada como un instrumento de dinámicas más amplias que son las que le adjudican su lugar como herramienta de control (Kostenwein, 2017). Un ejemplo de esto es el trabajo de Bernard Harcourt (2012, 2013), para quien la prisión preventiva debe ser pensada en relación con el nacimiento y la implementación de métodos actuariales hacia el interior de la justicia penal, con los cuales se ha buscado predecir el comportamiento delictivo de personas concretas para luego suministrar medidas punitivas específicas.

Respecto al caso de América Latina, podemos mencionar el planteo de Raúl Zaffaroni (2006), según el cual se viene propagando en la región lo que él define como “autoritarismo cool”, cuya característica más relevante es el encarcelamiento de personas que jurídicamente son inocentes. Este autor sugiere que el sistema punitivo en la región se pone en práctica a partir de técnicas de neutralización para personas sospechosas y peligrosas, lo que en los hechos consolida un derecho penal de peligrosidad presunta. Sustentándose en esta supuesta peligrosidad, se aplican castigos para el número más alto de la población encarcelada sin que existan fallos condenatorios. Como consecuencia, las garantías tradicionales del derecho penal liberal vinculadas a los principios de inocencia y legalidad son dejadas de lado, apareciendo en su lugar sentimientos de miedo y venganza frente a la figura del enemigo. En definitiva, así como Harcourt situaba la aplicación de la prisión preventiva como

producto de métodos actuariales en la justicia penal, este jurista la ubica como una técnica de la que se echa mano en un contexto de “autoritarismo cool” en el que rige un derecho penal del enemigo, para el cual aquellas personas consideradas riesgosas tienen una presunción de culpabilidad y no de inocencia.

Máximo Sozzo (2007), al analizar la combinación entre los ejes discursivos y las prácticas concretas respecto de la prisión –especialmente en Argentina–, ubica el aumento del uso de la prisión preventiva como uno de los indicios del ascenso del populismo punitivo. Hablamos de “combinación” debido al énfasis del autor por definir en términos de “economía mixta” la cárcel actual, puesto que oscila entre un declive del proyecto normalizador, disciplinario o correccional, y otro ascendente de tipo securitario. Según Sozzo, a lo largo de las últimas décadas han surgido en aquel país una serie de transformaciones que dieron lugar a un fenómeno que puede considerarse como populismo penal (Bottoms, 1995; Garland, 2001). Uno de los elementos más importantes en este fenómeno es el cambio en la retórica y la legislación sobre el control del delito junto a la función de la prisión. En especial, el crecimiento sostenido de la población encarcelada en general, crecimiento que presenta altos índices de presos sin condena. Este gran incremento de los presos sin condena es explicado por el autor como una combinación de modificaciones legislativas de corte más represivo junto a una cultura penal que profundiza este tipo de recetas. Por lo tanto, existe una legislación más dura con una organización judicial decidida a aplicarla más rígidamente. En definitiva, la prisión preventiva, su uso en principio desmedido, incluso su legitimidad simbólica en la sociedad, son interpretados como uno de los indicios del advenimiento del populismo punitivo.

## Repensando la prisión preventiva

Las contribuciones que acabamos de presentar son, en gran medida, las que han venido configurando el problema de la prisión preventiva en América Latina. Sin embargo, tanto la dogmática jurídica como los informes y documentos de las ONG, junto a los trabajos ligados a las ciencias sociales, tienen la particularidad de evaluar los diferentes procesos y efectos que ocasiona la utilización de la prisión preventiva desde un enfoque restrictivo. Esto significa que, aún con propósitos distintos, las tres perspectivas caracterizan a esta medida cautelar solo por los perjuicios que genera al ser aplicada. Tal como lo sugería Foucault (2002) acerca de los discursos sobre la sexualidad en la época moderna, también para el encarcelamiento preventivo parece existir una “hipótesis represiva”<sup>5</sup> que atraviesa los distintos estudios que se han hecho sobre este tema. Con esto queremos decir que aquello en lo que se enfatiza es en los efectos negativos que provoca este instituto del derecho procesal penal, desatendiendo buena parte de las relaciones que produce y consolida.

### *El límite de la dogmática y las organizaciones no gubernamentales*

Respecto al enfoque dogmático del encierro preventivo, se advierte que la preocupación está centrada en aquello que no se hace como se supone tendría que hacerse, dejando de lado la descripción y explicación de por qué se hace lo que se hace y no lo que

---

<sup>5</sup> La expresión “hipótesis represiva” utilizada por Foucault en el primer volumen de *Historia de la sexualidad* nos parece provechosa para resumir en líneas generales los trabajos que se han hecho sobre la prisión preventiva.

debería hacerse (Cabrera, 2005). Más allá de que se trate de una postura opuesta a la utilización del encarcelamiento preventivo, resulta ser una teorización del fenómeno que deviene insuficiente para apreciar su complejidad. Por lo tanto, la dogmática de la prisión preventiva tiene el mérito de establecerse como un límite respecto a las trasgresiones de los principios y las garantías que deben proteger a los ciudadanos frente al Estado en las investigaciones penales. Sin embargo, para comprender lo que ocurre en los hechos con esta medida cautelar, el mérito que posee la dogmática se vuelve un obstáculo, porque la referencia que esgrime para analizarla son las representaciones ideales y normativas de principios y garantías formales, dejando de lado las motivaciones de los actores judiciales para aplicarla en la práctica (Baratta y Silbernagl, 1985).

Acerca de los trabajos que expusimos de diversas ONG, en Kostenwein (2017) y aquí, podemos sostener que sus conclusiones resultan prácticamente unánimes respecto a los efectos de la prisión preventiva. Se trata de una medida cautelar que, por utilizársela abusivamente, agrava las ya deplorables condiciones de encierro, todo lo cual es producto de determinaciones políticas irresponsables con objetivos electorales predominantes (CEJA, 2009; CIDH, 2013; CIPPEC, 2011). A todo esto se suma la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación en las decisiones que toman los operadores jurídicos al respecto, lo que contribuye a debilitar la independencia del Poder Judicial (DPLF, 2013; ADC, 2012a). Si bien no es nuestro objetivo pronunciarnos sobre la verdad o falsedad de los argumentos de estos informes y documentos, los cuales además necesitan ser evaluados jurisdicción por jurisdicción, sí podemos afirmar que, tal como se los plantea, estos argumentos terminan eclipsando el modo en que se estructuran los vínculos que se

generan a partir del uso de la prisión preventiva. En otros términos, estamos insinuando que esta perspectiva relega cómo es que se produce la serie de relaciones que hacen posible el uso del encierro preventivo entre actores judiciales y extrajudiciales. Relaciones que, sin ir más lejos, producen o generan los estudios e informes que dichas ONG elaboran para denunciar la prisión preventiva.

### ***El límite dentro de las ciencias sociales***

Tanto o más que los planteos previos de las ONG y del dogmatismo jurídico, es el tercer enfoque sobre la prisión preventiva el que le quita la especificidad al problema en cuestión, al menos tal cual nos proponemos abordarlo. Esto último sucede porque el fenómeno del encierro preventivo es reenviado a variables que lo muestran como un efecto o un reflejo de procesos externos al ámbito judicial.

Con matices, los trabajos que reunimos en la perspectiva que indaga la prisión preventiva desde las ciencias sociales muestran influencias de dos tipos de formulaciones. La primera considera que el encarcelamiento preventivo es una herramienta con la que se busca neutralizar a grupos o poblaciones excedentes que proliferan debido a los cambios estructurales en el mercado laboral. En este sentido, se observa una afinidad con diagnósticos de autores como Loïc Wacziarg. Una de las características de su trabajo, que va desde *Las cárceles de la miseria* hasta *Castigar a los pobres*, es la de haber desplazado el problema del delito y la criminalización, ubicando las políticas neoliberales en el centro de la explicación sobre la excesiva tasa de encarcelamiento. En concreto, el sociólogo francés afirma que la caída de las protecciones sociales en los estratos inferiores de la sociedad encuentra su complemento en el despliegue de un



circuito fundamentalmente represivo, “pues a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal” (2004, p. 88). A su vez, explora *modalidades* e identifica *dispositivos* del ensanchamiento del Estado penal norteamericano, el cual se expande a partir de dos procedimientos fundamentales: uno que busca reajustar los servicios sociales a manera de herramienta de control para los grupos más revoltosos, como por ejemplo la obligación de aceptar cualquier tipo de trabajo, bajo pena de perder el derecho a la asistencia que recibe (*workfare*); el otro tiene que ver con la utilización *masiva y sistemática* del encierro, con el cual se intenta contener –incluso neutralizar– en el ámbito ciudadano los inconvenientes que provoca la falta de trabajo o su precarización (Wacqüant, 2010; Harcourt, 2011; De Giorgi, 2006). El trabajo de Zaffaroni (2006) que presentamos previamente parece abreviar principalmente en una propuesta como esta.

Otra influencia de la que se sirven los trabajos que desde las ciencias sociales analizan el uso de la prisión preventiva es la de abordajes como los de David Garland, en particular algunas hipótesis que este autor formuló en *The culture of control* (2001). En este trabajo, el autor busca dar cuenta de una serie de mutaciones en la penalidad, concebida esta en sentido amplio, que va de la modernidad a la modernidad tardía. En este proceso se observan un mayor escepticismo frente al ideal rehabilitador; un resurgimiento de sanciones bajo el signo de una expresividad simbólica; las transformaciones en los principios rectores de la política criminal –menos reflexiva y más emocional–; un inusitado protagonismo de la víctima –principalmente en términos discursivos–; la aparición del *público* como aquel que debe ser resguardado; y, como correlato, la *electoralización* de la cuestión criminal y la justicia penal. En el

análisis que hace el autor escocés del campo del control del delito en Gran Bretaña y Estados Unidos, asevera que entre 1890 y 1960 existió una confianza plena en la justicia penal para lograr derrotar al delito, apuntalada por un programa correccionalista cuyo axioma fundamental era el de rehabilitar a quienes habían trasgredido la ley. Pero promediando la década de 1970 esto comienza a atomizarse, dando lugar a una nueva configuración del fenómeno: la policía, la politización de la política criminal, el papel de la experticia, los nuevos soportes comunicacionales y la víctima como figura simbólica dejan de ser lo que eran, por lo que actores, relaciones y posiciones en el campo del control del delito necesitan ser revisadas (Pratt, 2007; Zimring, 1996). Para quienes utilizan este tipo de planteo al evaluar el uso de la prisión preventiva en el contexto latinoamericano, como es el caso de Sozzo (2007), dicha medida es un emergente de los cambios ocurridos entre los respectivos actores, relaciones y posiciones, tal cual lo asevera Garland.

### ***La prisión preventiva como consecuencia***

Tal como lo adelantamos, en las diferentes perspectivas que señalamos a lo largo de este trabajo lo que se percibe es la intención de analizar el encierro preventivo, su incremento en especial, como un elemento que solo cumple funciones negativas hacia el interior de un régimen jurídico penal, y no como una práctica concreta que genera relaciones y compromisos entre actores judiciales y no judiciales. En términos de Bruno Latour (2008), las perspectivas que mencionamos proponen considerar la prisión preventiva como un intermediario, es decir, como un factor que simplemente traslada un impulso o una “fuerza social” sin modificarlos. Por lo tanto, si estamos en condiciones de conocer la funcionalidad

del encierro preventivo, sea en el neoliberalismo o en el populismo punitivo, podemos derivar de ello la explicación del encierro preventivo en su conjunto.

Nosotros asumimos una posición distinta frente a la prisión preventiva, y es la de definirla no solo por su aspecto opresivo, sino también por lo que produce, es decir, por lo que es capaz de articular. Y para desarrollar nuestra posición es necesario identificar los diferentes quehaceres y relaciones que ella origina, por un lado, entre los mismos actores judiciales, y, por otro, entre ellos y determinados actores extrajudiciales. Esto significa que no podemos comprender el papel que cumple la prisión preventiva si solo nos limitamos a la hipótesis represiva que identifica únicamente las prohibiciones, los rechazos, las censuras y las denegaciones que ocasiona esta medida cautelar (Foucault, 2002).<sup>6</sup>

Más allá de no negar las secuelas perjudiciales que desencadena la utilización del encierro preventivo en concreto, se debe analizar la prisión preventiva a partir de las asociaciones que hace posibles entre actores judiciales en los expedientes y en las audiencias. Esto último implica que la medida cautelar en cuestión no podría circular como circula si no fuese producida por medio de justificaciones, críticas, tomas de posición y decisión, a partir de los intercambios que se realizan hacia dentro del Poder Judicial, y entre los actores del Poder Judicial y el campo de la política o los

---

<sup>6</sup> Sugerir la idea de una hipótesis represiva sobre la prisión preventiva no significa soslayar algunos efectos que las perspectivas presentadas a lo largo de este artículo mencionaron y que podrían considerarse "efectos positivos". Ejemplo de lo dicho podría ser que la prisión preventiva produce más juicios abreviados, más hacinamiento penitenciario, etcétera. Sin embargo, en la explicación de estos "efectos positivos" se prescinde de lo que estructura nuestra tesis: las relaciones que esto último genera entre actores judiciales entre sí, y entre estos y actores extrajudiciales.

medios de comunicación. La prisión preventiva no es solo un instituto que cumple un papel instrumental al servicio de intereses clasistas, ni es un instituto “fungible” cuyas competencias podrían ser desempeñadas por cualquier otra decisión judicial. Para que el encarcelamiento preventivo exista como existe, resulta necesario que los operadores jurídicos hagan algo con él, que lo utilicen para validar sus resoluciones de cara a la comunidad en general. Parafraseando a Latour (1992, 2008), sugerimos que la prisión preventiva no es tanto una *sustancia* sino más bien un *movimiento*, porque, a diferencia de lo que parece proponer la hipótesis represiva que describimos previamente, las características que se le atribuyen son una consecuencia de la acción colectiva dentro y fuera del Poder Judicial.<sup>7</sup>

## A modo de cierre

En este trabajo, una vez más hemos hablado de las tres perspectivas que han trabajado el problema de la prisión preventiva a nivel internacional y regional. En primer lugar, vimos la relevancia que tiene para el enfoque dogmático del encarcelamiento preventivo el principio de inocencia y las disputas históricas que se han dado entre ambos. Consideramos que este enfoque se concentra fundamentalmente en informar que no pasa aquello que debería pasar

---

<sup>7</sup> Así como lo propone Latour (2008) para *lo social*, nosotros creemos que se puede plantear para la prisión preventiva: “El adjetivo ‘social’ designa dos fenómenos por entero diferentes: es a la vez una *sustancia*, una especie de materia y también un *movimiento* entre elementos no sociales. En ambos casos, lo social desaparece. Cuando se lo toma como un sólido, pierde su capacidad de asociar; cuando se lo toma como fluido, lo social nuevamente desaparece porque destella solo por un instante, justo en el momento fugaz en el que nuevas asociaciones están amalgamando lo colectivo [...] Lo social solo es rastreado cuando está experimentando modificaciones” p. 227).

según lo postulan las normas jurídicas, dejando de lado elementos que podrían contribuir a comprender por qué en la práctica pasa lo que pasa respecto a la prisión preventiva.

Luego señalamos cómo distintos documentos e informes provenientes de diferentes contextos revelan un cúmulo de regularidades al analizar el problema del encarcelamiento preventivo. Más allá de sus particularidades en América Latina, se puede hablar de la prisión preventiva como una medida cautelar *poco* peculiar. Si bien esta segunda perspectiva se encarga de llevar adelante un importante trabajo de denuncia y visibilización de las consecuencias del fenómeno, impide distinguir cómo se configuran las asociaciones que el uso de la prisión preventiva habilita. O, lo que es lo mismo, prescinde de explicitar el modo en que se generan las relaciones que el uso del encierro preventivo produce a diario entre actores judiciales y extrajudiciales.

En tercer lugar presentamos la perspectiva que desde las ciencias sociales ubica la prisión preventiva como producto de procesos más amplios. Esto significa que la medida cautelar es considerada un instrumento de dinámicas sociales que se generan en esferas lejanas a la institución judicial. En consecuencia, desde este enfoque, la prisión preventiva no es tenida en cuenta como objeto de estudio en sí mismo, sino como un fenómeno que emerge a partir de otros motivos “reales”, que son los que le confieren su papel en tanto herramienta de control.

Por último ofrecimos nuestro punto de vista, según el cual la prisión preventiva debe definirse primordialmente por lo que produce, por lo que está en condiciones de generar, para lo cual es imperioso

rastrear las tareas y relaciones que motiva, por un lado, entre los mismos actores judiciales. Aquí es importante preguntarse cómo argumentan estos acerca de la solicitud, aceptación o denegación de la medida cautelar en los expedientes o en las audiencias. Pero también es imprescindible, por otro lado, explorar qué vínculos genera la prisión preventiva entre los actores judiciales y determinados actores extrajudiciales, como la opinión pública, las autoridades políticas o los medios de comunicación.

## Referencias

- Asociación por los Derechos Civiles [ADC] (2011).** *La prisión preventiva en la Argentina, ¿cuánta información tenemos?* [https://issuu.com/defensoriaec/docs/la\\_prisi\\_n\\_preventiva\\_en\\_argentina](https://issuu.com/defensoriaec/docs/la_prisi_n_preventiva_en_argentina).
- (2012a). *Prevenir no es curar*. EMEPE.
- (2012b). Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. *Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.
- Baratta, A. y Silbernagl, M. (1985).** La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal. *Doctrina Penal*, 32.
- Bottoms, A. (1995).** The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. En Clarkson, Ch. y Morgan, R. (eds.). *The Politics of Sentencing Reform*. Clarendon.
- Bovino, A. (1998).** *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Del Puerto.
- Cabrera, S. (2005).** Pena y prisión preventiva. *Urbe et ius*, Año I.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas [CEJA] (2008).** *Reformas procesales en América Latina: resultados del proyecto*

- de seguimiento V etapa*. [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5368/RPP\\_V.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5368/RPP_V.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- (2009). *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*, vol. I. CEJA.
- (2011). *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*, vol. II. CEJA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2013)**. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.
- Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento [CIPPEC] (2011)**. *¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?* <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1932.pdf>.
- De Giorgi, A. (2006)**. *El gobierno de la excedencia*. Traficantes de sueños.
- Díaz, E. (1965)**. Sociología jurídica y concepción normativa del derecho. *Revista de Estudios Políticos*, 143.
- Due Process Of Law [DPLF] (2013)**. *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. DPLF.
- Dünkel F. y Vagg, J. (eds.) (1994)**. *Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of PreTrial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners Waiting for Trial*. Instituto Max Planck.
- Feeley, M. (2007)**. *The process is the punishment*. Russell Sage Foundation
- (2008). Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial. *Delito y Sociedad*, 26.
- Feeley, M. y Simon, J. (1995)**. La nueva penología. *Delito y Sociedad*, 6/7.
- Garland, D. (2001)**. *The culture of control*. University of Chicago Press.

- Garófalo, R. (1912).** *La criminología*. Daniel Jorro.
- Harcourt, B. (2011).** *The Illusion of Free Markets*. Harvard University Press.
- (2012). Punitive Preventive Justice A Critique. En Ashworth, A. y Zedner, L. (eds.), *Preventive justice*. Oxford University Press; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper 599; University of Chicago, Public Law Working Paper, 386.
- (2013). *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*. Ad-Hoc.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP] (2012).** El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Servicop.
- Kostenwein, E. (2017).** La prisión preventiva en plural. *Direito e Práxis*, 8 (2). <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25019>.
- Hobbes, T. (1994).** *Leviatán*. FCE.
- Latour, B. (1992).** *Ciencia en acción*. Labor.
- (2007). *Nunca fuimos modernos*. Siglo XXI.
- (2008). *Reensamblar lo social*. Manantial.
- Llobet Rodríguez, J. (1997).** *La prisión preventiva*. UCL.
- Pratt, J. (2007).** *Penal Populism*. Routledge.
- Sozzo, M. (2007).** Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión depósito” en Argentina. *Nueva Doctrina Penal*, 2.
- Wacqüant, L. (2004).** *Las cárceles de la miseria*. Manantial.
- (2010). *Castigar a los pobres*. Gedisa.
- Zaffaroni, E. (2006).** *El enemigo en el derecho penal*. Ediar.
- Zimring, F. (1996).** Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on Three Strikes in California. *Pacific Law Journal*, 28.