

VI Jornadas de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología, La Plata, 2010.

Fundamentos: sociologías de la Prisión Preventiva.

Kostenwein, Ezequiel.

Cita:

Kostenwein, Ezequiel (2010). *Fundamentos: sociologías de la Prisión Preventiva. VI Jornadas de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología, La Plata.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-027/477>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/eORb/uFZ>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/ar>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Fundamentos: sociologías de la Prisión Preventiva¹

En este trabajo, como parte del itinerario a desarrollar a raíz de la Beca de Estudio² obtenida, y sumado al proyecto en el que estamos participando³, tendremos el objetivo primordial de sustentar en qué términos la prisión preventiva –en adelante PP- puede ser objeto de estudio de las ciencias sociales. Atendiendo a los quehaceres específicos de nuestra investigación, consideramos que el abordaje de la PP puede ser realizado desde distintas ramas de la sociología; al menos la sociología jurídica, la sociología de la justicia, la sociología del castigo, y por último, la sociología jurídico-penal, pueden expresar interés en la problemática. En este lugar, y más allá de cimentarlo luego con mayor esmero, nos inclinaremos por utilizar de cada una de las citadas sociologías todo aquello que nos brinde la mejor de las perspectivas posibles para ahondar en la cultura característica del poder judicial, posibilitándonos de esa forma esclarecer las tramas y los dispositivos de las lógicas que operan detrás de las prácticas de dicha organización.

Para esta tarea, comenzaremos por definir ante todo de qué estamos hablando cuando aludimos a dicha medida, partiendo del enfoque que la dogmática jurídica posee de la misma., para describir luego las limitaciones que esta concepción exhibe.

Por último, y confirmando que la PP no sólo es un problema para la ciencia jurídica, plantearemos la posibilidad de tomarla como un instrumento de las actuales políticas del control del delito, entre otras cosas, por la magnitud alcanzada.

¹ Por Ezequiel Kostenwein (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de La Plata) E-mail: dosmilmesetas@yahoo.com.ar

² Beca otorgada por la Comisión de Investigaciones Científicas, dirigida por Manuela González.

³ “La inseguridad ante los problemas sociales en barrios de La Plata”, dirigido por Olga Salanueva y Manuela González.

El heroísmo de la veracidad consiste en dejar de ser algún día su juguete

F. Nietzsche

Paradójicamente, la sociología libera al liberar de la ilusión de la libertad, o, más exactamente, de la creencia mal ubicada en las libertades ilusorias. La libertad no es algo dado, sino una conquista, y colectiva

P. Bourdieu

El procedimiento penal dejará de ser un instrumento de legitimación de la pena para convertirse, una vez que ella sea aplicada sobre el sospechoso como autor inmediatamente después del hecho punible aparentemente sucedido, en un método de verificación de la corrección o incorrección de ese juicio anticipado

J. Maier

Acercamientos.- La literatura que ha trabajado con mayor detenimiento la problemática de la PP es aquella que proviene de la ciencia o dogmática jurídica⁴, todo lo cual resulta comprensible debido a las objeciones que implica esta medida en relación a principios fundamentales como, por ejemplo, el de presunción de inocencia. Comencemos entonces por precisar qué sostienen las normas respecto de la PP.

Existe una tríada de artículos dentro del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires (en adelante CPP) que nos introducen en esta medida cautelar. Según la manda 157, la detención se convertirá en PP cuando se den *al mismo tiempo* los siguientes requisitos: que esté justificada la existencia del delito, que el imputado haya declarado (o se haya negado a hacerlo), que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho y que se den los presupuestos que impidan otorgar la excarcelación. A su vez, estos mismos presupuestos se encuentran en el artículo 171, que dice: “En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148”. En este último, el CPP ofrece criterios de *merituación* de la peligrosidad procesal que ciertamente se combinan con pautas afines a la *peligrosidad criminal*: “Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, *las condiciones personales del*

⁴ Entenderemos aquí a la ciencia jurídica, en sentido estricto, como la dogmática jurídica, la cual toma al derecho como norma. Sirva esto para diferenciar a la ciencia jurídica de las ciencias jurídicas. Dentro de estas últimas ingresarían, por ejemplo, la sociología jurídica o la historia del derecho.

imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”⁵. Hasta aquí los criterios generales expuestos por el artículo 148 del CPP; luego, en la misma norma, se enumeran, a su vez, circunstancias especiales de presunción⁶.

Por lo mencionado, la utilización de la PP está delimitada a un número de supuestos en los cuales deben observarse ciertos requisitos. A la luz de la crítica procesalista, el principio de principios respecto de esta medida cautelar es el ya mencionado principio de inocencia (o presunción de inocencia), el cual debe resguardarse durante todo el procedimiento penal: “según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos. Ello significa que el imputado en un caso penal, a pesar de ser sometido a persecución, merece un tratamiento distinto al de las personas efectivamente condenadas” (Bovino, 1998: 8). Entonces podríamos afirmar que la utilización de la PP erosiona dicho principio, ya que se trata a un inocente como si no lo fuera, razón por la cual se le aplica una sanción a quien todavía no ha sido declarado culpable. Según una concepción garantista, este desacople entre el principio de inocencia y la utilización del encarcelamiento preventivo es ilegítimo por su simple uso; esto es, incluso antes de que se presente habitualmente⁷.

A su vez, la jurisprudencia tiene dicho que presumir inocente a una persona es lo mismo que reputarla inocente o no considerarla culpable (Maier, 1989b: 253): si estos argumentos fueran llevados hasta las últimas consecuencias, sería difícil comprender la utilización que actualmente se le da a la PP.

Si tomamos como referencia el artículo 18 de la Constitución Nacional, podemos apreciar la enunciación de dos garantías elementales de todo Estado de derecho: el principio *sustantivo* de legalidad y, nuevamente, el principio *procesal* de inocencia. Textualmente reza: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”.

⁵ La cursiva es nuestra.

⁶ Ellas son el arraigo, la magnitud de la pena en expectativa, la importancia del daño resarcible y el comportamiento procesal del imputado.

⁷ “Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse... que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales” (Ferrajoli, 1989: 555).

Vale tener en cuenta que según Maier, el concepto de juicio (expuesto en la manda constitucional) y el de sentencia son fungibles ya que “la sentencia de condena es el juicio del tribunal que, declarando la culpabilidad del imputado, determina la aplicación de la pena” (Maier, 1989b: 240); por consiguiente, existe un *proceso* en primer término que resulta ser el antecedente necesario de este juicio o sentencia.

Retomando el tema de las garantías procesales y sustanciales, se afirma que existe una reciprocidad funcional entre los principios de inocencia y legalidad, a raíz de la cual no se puede castigar a nadie (aunque sea por una ley anterior al hecho juzgado) sin un juicio previo; y a su vez, tampoco se puede infringir una pena (aunque exista juicio previo) sin que la ley que estipula la sanción sea anterior a la conducta perseguida. En palabras de Ferrajoli: “...tanto las garantías penales como las procesales valen no por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad. Gracias a este doble nexo, todo modelo de legitimación interna de los presupuestos de la pena remite a un correlativo modelo de legitimación de sus modos de determinación en el proceso penal. Y, a la inversa, todo modelo de proceso penal, tanto si se le considera desde el punto de vista normativo, como del de la efectividad, indica siempre a su vez un correlativo sistema, normativo o efectivo, de derecho penal sustancial” (1989: 537/8). Por lo tanto, y sustentado por nuestra propia Carta Magna, principios como los mencionados se encuentran decisivamente entrelazados, de forma tal que violentar uno implica necesariamente minar el otro.

Sin embargo, suele aducirse que estos derechos constitucionales no son absolutos, por lo que podrían, bajo ciertas condiciones, ser limitados. Nos surgen dos inquietudes al respecto. Si es posible restringir los principios expuestos en el artículo 18 de la C. N., ¿es dable, si las circunstancias lo ameritan, someter a alguien a la esclavitud, acotando de la misma manera las garantías del artículo 15 de la C. N.?, o ¿podríamos reverdecer las prerrogativas de sangre abolidas en el artículo 16, si la coyuntura lo exigiera? Más allá de la espinosa tarea de definir cuáles serían esas circunstancias y coyuntura, tarea más política que jurídica, es innegable que tales acontecimientos nunca han ocurrido. Ahora bien, y aquí va la segunda vacilación: es cierto también que algunas intrusiones respecto de derechos fundamentales puedan consentirse, para eso la C. N. las autoriza expresamente⁸. Es el caso

⁸ No tan radical se muestra Maier: “Nuestra ley fundamental sigue esos pasos: pese a impedir la aplicación de una medida de coerción del Derecho material (la pena) hasta la sentencia firme de condena, tolera el *arresto por orden escrita de autoridad competente*, durante el procedimiento de persecución penal (CN, 18)” (1989b: 275).

del mismo artículo 18 en el cual se afirma que: “El domicilio es inviolable... y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. Aquí están estipulados los mecanismos para suspender esa garantía, pero para el caso del principio de legalidad y la presunción de inocencia nada dice. Acerca de esto, Bovino sostiene lo siguiente: “Si admitiéramos el razonamiento que permite injerencias de cualquier magnitud en todos los derechos fundamentales, no sólo deberíamos tolerar la prisión preventiva sino, también, que luego de un juicio se imponga una pena por un hecho no previsto en la ley penal, si existieran razones suficientes para fundar la necesidad de que tal hecho fuera castigado” (I: 10).

Quisiéramos luego de lo expresado, mencionar del mismo modo, un conjunto de requisitos denominados materiales tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, los cuales correspondería escolten al uso de la PP:

(a) Principio de excepcionalidad: según este, el derecho a la libertad ambulatoria combinado con el principio de inocencia (no aplicar una pena sin sentencia condenatoria firme), impide que la detención preventiva se tome como la regla de uso habitual. La derivación principal de esto es el deber de agotar todas las formas de asegurar los fines procesales con herramientas distintas al encierro, “en consecuencia, el encarcelamiento preventivo sólo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción alternativas al encarcelamiento preventivo” (Bovino, 1998: 151).

(b) Verificación del mérito sustantivo (o sospecha sustantiva de responsabilidad): de aquí surgen dos exigencias correlativas, cuales son, la de que existan pruebas vehementes de que se ha cometido una conducta tipificada penalmente y, a su vez, que el imputado haya participado en su comisión. “Si no se determina la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible, la medida de coerción procesal pierde todo su sustento” (Ibíd.: 157).

(c) Fin Procesal: evitar el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de averiguación de la verdad por parte del imputado es el único sostén de la PP, en tanto medida cautelar. Esto significa que la detención preventiva únicamente puede tener fines procesales como por ejemplo, que la investigación se desarrolle normalmente, pero no evitar la comisión de otro delito, lo que corresponde a la pena sustantiva misma: por ello “la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio

para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva” (Cafferata, 1992: 3). Resumiendo, durante el proceso, el estado de inocencia del imputado persiste, razón por la cual el encierro no puede tener fines materiales propios de la sanción penal (sea prevención general o especial), sino lisa y llanamente aquellos que contribuyan a la búsqueda de la verdad y a la aplicación de derecho penal sustantivo.

(d) Principio de proporcionalidad: de aquí se desprende la exigencia de que aquel que se encuentra encarcelado preventivamente no reciba el mismo trato (ni mucho menos, uno peor) que aquel que ya ha sido condenado. “Se trata de impedir que la situación del individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena” (Bovino, 1998: 153). Entonces debe haber dos usos de la proporcionalidad: el tiempo y las condiciones. La primera de ellas se refiere a que la restricción propia de la PP debe ser proporcional a la pena que se espera, si el imputado llegara a ser condenado (el tiempo). Por otro lado, tampoco puede ejercerse una violencia mayor en el encarcelamiento preventivo que en la ejecución de la pena producto de una sentencia definitiva (las condiciones). En este principio encontramos una curiosa aproximación a aquel concepto de *menor elegibilidad* creado por G. Rusche y O. Kirchheimer en su trabajo *Pena y estructura social* (2004). Para estos autores, los castigos impuestos a los infractores de las normas (si se quiere que sirvan como disuasivos) siempre deben ser más intolerables que lo intolerable que resulte la vida en libertad de la clase más andrajosa; o lo que es lo mismo, por más humillante y privativa que sea la realidad del extremo inferior de la sociedad, siempre debe ser preferible (o elegible) a la de sufrir el castigo producto de un delito, o “menos favorecida que la situación de los trabajadores libres de las clases más bajas. Este principio... constituye el leitmotiv de toda administración carcelaria hasta nuestros días” (2004: 113). De esta manera, y retomando el principio de proporcionalidad, nunca debería resultar más elegible ser considerado culpable por sentencia firme proveniente de un órgano de justicia penal, que ser un mero imputado que goza aún (y hasta que se declare lo contrario) de la presunción de inocencia.

(e) Principio de provisionalidad: este principio supone la necesidad de que todas las condiciones que hicieron posible la PP se mantengan para que ésta continúe; o dicho de otra manera, sólo es dable prolongar la detención si subsisten “todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla” (Bovino: 160). Según el CPP de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 147, “en caso de advertirse la desaparición de una o más condiciones, en cualquier etapa del proceso, el órgano judicial *podrá*⁹ disponer a pedido de parte o de oficio, el cese inmediato de la cautela oportunamente dispuesta”. Parte de la doctrina considera que si cesaran algunas de las causas que motivaron el encierro preventivo, este último *debe* terminar (Pastor, 1993; Bovino, 1998).

Hasta aquí, un breve repaso de algunos tópicos provenientes de la dogmática respecto de la problemática de la PP. Como podrá observarse, las discusiones se elaboran en torno a cuestiones *internas* al derecho y a los principios que debería hacer respetar. En buen romance, estos abordajes se preocupan por aquello que no se hace como se supone tendría que hacerse, pero hasta ahí llegan. Les resulta superfluo explicar por qué se hace lo que se hace y no lo que debería hacerse; esta es una incógnita que dejan sin despejar.

Una afirmación típica de este enfoque sería: “lo real es que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico” (Cabrera: 5). Aunque opuesta a la utilización del encarcelamiento preventivo, esta manifestación resulta ser sólo una descripción del fenómeno, tornándose insuficiente para conseguir explicar la complejidad por la que está atravesado. Por ello es que intentaremos cimentar la importancia de una mirada del fenómeno exterior al ámbito del derecho, proveniente de diversas sociologías, sin el ánimo de denunciar tal o cual irregularidad en las tareas de los juristas (eso ya lo viene realizando la dogmática, justamente), sino para alcanzar una comprensión que impida tomar lo acontecido como una práctica irracional o cínica de los operadores jurídicos.

El límite dogmático y la importancia de la sociología jurídica.- Quisimos partir de un itinerario conciso sobre la mirada que tiene la dogmática jurídica respecto a la PP

⁹ La cursiva es nuestra.

fundamentalmente por razones de comodidad, considerando que puede ser útil mostrar un breve cuadro de sus inquietudes.

Es probable que la primera gran escisión, tras la cual se puedan ir concibiendo diferentes líneas de análisis respecto de la PP, sea la llevada a cabo entre un enfoque internalista de esta medida cautelar y otro sociojurídico. Como veníamos sosteniendo, al primero de éstos lo que le interesa fundamentalmente es el derecho en tanto sistema normativo, razón por la cual trabaja con normas positivas haciendo teoría del derecho. En cambio, la sociología jurídica toma a las normas en relación con la sociedad, indagando qué implicaciones existen entre ambas; dicho de otro modo, tratar al derecho como fenómeno social supone investigar qué tipo de condicionamiento sociológico muestran las normas positivas (E. Díaz: 78).

Consideramos por nuestra parte que si en una provincia como la de Buenos Aires las personas que están preventivamente privadas de su libertad son jurídicamente inocentes (y actualmente más del 75% de aquellos que pueblan las cárceles ostentan dicha calidad), el problema excede lo estrictamente jurídico resultando pertinente indagar, además de la vulneración de derechos y principios, el modo de pensar y valorar, junto con las percepciones y construcciones, que dan sentido al trabajo de quienes logran estos guarismos, esto es, aquellos que tienen la facultad de solicitarla y homologarla.

Vale aquí una intermisión. Es para dejar en claro que el encarcelamiento preventivo no es patrimonio de nuestra provincia, ni siquiera de nuestro país. En América Latina los presos sin condena componen la gran mayoría del universo de enclaustrados; basta recordar a E. Carranza (1999, 2001) cuando acuñaba la idea de que en nuestro continente existe lisa y llanamente una inversión de axiomas: “es evidente que, por sobre el Principio de Inocencia, prima lo que podríamos llamar *principio de presunción de culpabilidad* (ante la duda, marche preso)” (1999: 82). Para este autor, una de las explicaciones de las cifras exorbitantes en la región se encuentra en el sistema de justicia imperante: “Un sistema de justicia penal escriturista y lento (como el de AL), sin intermediación y en el que en muchísimos casos ni el juez de instrucción ni el juez de sentencia conocen personalmente al imputado..., producen un altísimo número de presos sin condena.... Por su parte, un sistema de justicia penal de mayor transparencia (como en el Common Law); no escriturista sino de juicio oral y público; contradictorio, con un mayor equilibrio entre las partes del

proceso, produce un menor número de presos sin condena” (Ibíd.: 83). Más allá de evitar ahondar en si las características otorgadas por Carranza se dan literalmente en todos los países de América Latina, procuramos poner en duda el optimismo del autor acerca del sistema anglosajón. La confianza depositada en los países del Common Law no es hoy tan sustentable, o al menos así suele plantearse (M. Feeley, 2008).

Hecha la aclaración de que la PP es posiblemente un problema sin confines, retomemos entonces la cuestión de la importancia que la sociología jurídica posee como disciplina para explicar su aplicación desmesurada. En realidad, las preguntas que podemos hacernos a partir de aquí son: ¿qué lugar tiene el derecho en el nacimiento de las prácticas sociales?, y a su vez, ¿qué podemos decir del derecho en cuanto práctica social? Para esto es importante librarnos, tanto de una mirada *formalista* del derecho, para la cual existe entre la regla jurídica y el ámbito social completa independencia, como de una mirada *instrumentalista*¹⁰ del fenómeno jurídico, que supone al mismo como un reflejo de los deseos de la clase dominante. “La *ciencia jurídica*, tal como la conciben los juristas, y sobre todo los historiadores del derecho, que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y de sus métodos, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo sólo puede ser comprendido según su *dinámica interna*.... Cuando se defiende lo contrario de esta especie de ideología profesional del cuerpo de doctores..., es para ver en el derecho y la jurisprudencia un reflejo directo de las relaciones de fuerza existentes, donde se expresan las determinaciones económicas, y en particular los intereses de los dominantes” (Bourdieu, 2001: 165/6). El punto sería, principalmente para escrutar las prácticas que hacia el interior del poder judicial se desarrollan, apartarse de ambos polos de interpretación y considerar que el derecho, desde una perspectiva sociológica, navega por medio del instrumentalismo y del formalismo, no pudiendo ser subsumido en ninguno de ellos: “para romper con la ideología de la independencia del derecho y del cuerpo judicial, sin caer en la visión opuesta, es necesario tener en cuenta lo que las dos visiones antagónicas... ignoran en común: esto es, la existencia de un universo social relativamente independiente en relación a las demandas

¹⁰ Bourdieu toma al *formalismo* como un enfoque *internalista* del derecho, de la misma manera que al *instrumentalismo* como una perspectiva *externa* al mismo. Esta última caracterización no debe entenderse análoga a la realizada anteriormente por nosotros, cuando enfatizábamos en la necesidad de mirar al fenómeno de la PP de manera *exterior al derecho*: allí aludíamos a la pertinencia, para nuestros intereses, de explicar el problema con categorías ajenas al mundo jurídico formal – en tanto dogmática o ciencia del derecho-, pero sin considerar al mismo como una mera herramienta al servicio de los poderosos.

externas en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica” (Ibíd.: 167). Entonces, las prácticas y los discursos jurídicos, que son el objeto de nuestra investigación, deben ser tomados como el resultado de la disposición de un campo cuya lógica concreta se encuentra atravesada por las *relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura* y, a su vez, por *la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible*.

Sin poder profundizar aquí en los análisis realizados por Bourdieu acerca del campo jurídico, sí haremos un breve repaso de su construcción teórica acerca de la práctica social, y, como habíamos manifestado antes, en qué medida ésta se orienta por el derecho -además de reflexionar sobre el derecho mismo como práctica-.

En su obra *La distinción* (1991), el sociólogo francés parte de un esquema según el cual la práctica puede explicarse como el resultado del doble proceso *de interiorización de la exterioridad* y *de exteriorización de la interioridad*.

(Habitus & Capital) + Campo = Práctica

Esto equivale a superar la oposición entre el objetivismo y el subjetivismo propia de las ciencias sociales. Según el primero, las conductas de las personas deben explicarse desde criterios manifiestamente externos a las mismas, siendo la estructura social determinante en la mecánica de la vida social (un proceso sin sujetos); para el segundo, bastan las intenciones y la conciencia de los sujetos para desentrañar la lógica de la práctica (sujeto creador). La dicotomía reseñada es para Bourdieu de lo más perjudicial al análisis sociológico, de ahí que aspire a una tercera posibilidad: el conocimiento *praxeológico*. Entenderá por este al análisis “del proceso según el cual la objetividad arraiga en y por la experiencia subjetiva: y que debe superar, englobándolo, el momento del objetivismo y fundarlo en una teoría de la exteriorización de la interioridad y de la interiorización de la exterioridad” (2001: 10/1). Hay en la génesis de la práctica social una combinación de las estructuras objetivas con las estructuras incorporadas *-habitus-* que impiden tomar caminos rápidos, sea para ver al agente como un juguete de las estructuras, sea para considerarlo como el amo de estas últimas (2005: 180).

En lo que debemos trabajar, sostiene el autor, es en lo concerniente a las relaciones; debemos pensar a lo real, *relacionalmente*, lo que supone asumir que las posiciones de cada

quien no se explican ni definen *en sí mismas*. Para nuestro caso, debemos tomar a los agentes jurídicos en su relación recíproca –no igualitaria-, indagando las prácticas en función precisamente de esas relaciones que se van urdiendo.

Y éstas relaciones se dan, para Bourdieu, en los distintos campos sociales (religioso, artístico, jurídico, etc.). “En términos analíticos, un campo puede ser definido como una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones están objetivamente definidas, en su existencia y en las determinaciones que imponen sobre sus ocupantes, agentes o instituciones, por su situación presente y potencial en la estructura de distribución de especies del poder (o capital) cuya posesión ordena el acceso a ventajas específicas que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etc.)” (2005: 150).

Esta construcción teórica llamada *campo* se caracteriza por ser un espacio social específico, con autonomía relativa respecto de los otros campos, dentro del cual las relaciones entre los agentes se dan siempre en torno a un tipo específico de capital: esto es, que quienes allí participan lo hacen a partir del poder que les otorga la posesión de dicho capital. Por lo tanto, para entender el campo jurídico, por ejemplo, hay que identificar qué tipo de capital se pone en juego allí –ya que sin capital no hay campo-, y para precisar las formas de capital en torno al cual los agentes compiten, debemos a su vez conocer el campo.

¿Qué es el capital específico, inherente a todos los campos? Es lo que necesitamos poseer para lograr entrar en un campo determinado, además de ser el objeto por el que se lucha, y el arma que se utiliza para esa actividad. En el caso del derecho, es la posibilidad de decir *qué es derecho* (o qué dice el derecho): quien más capital haya acumulado (trayectoria, obras escritas, títulos obtenidos, teorías reconocidas, etc.) tendrá en este campo mayores recursos para hacer imponer *su* concepción del derecho como *la* concepción dominante del derecho, sean jueces, doctinarios, profesores, abogados litigantes, etc..

Tenemos entonces la pareja conceptual de *campo* y *capital* a partir de la cual podemos pensar la práctica de los agentes como ese doble proceso de *interiorización de la exterioridad* y de la *exteriorización de la interioridad*. Pero aquello que sirve de amalgama entre ambos, y los vuelve deseables, es lo que toma el nombre de *illusio*: hablamos del interés de las personas por intervenir en ese campo y competir por su capital. Según Bourdieu, las razones fundamentales para actuar estriban en esto, en el poder motivador

que ejerce sobre los agentes aquello que está en juego o por lo que vale la pena combatir. “En el principio está la *illusio*, adhesión al juego, la creencia de que cada uno es llamado al juego, el interés por el juego...” (2001: 22/3 y 35/7). “Para comprender la noción de interés es necesario advertir que se opone no sólo a la de desinterés o gratuidad sino también a la de *indiferencia*. Ser indiferente es permanecer inmovible ante el juego.... La indiferencia es un estado axiológico, un estado ético de no preferencia así como un estado de conocimiento en el cual yo no soy capaz de diferenciar lo que está en juego. Tal era la meta de los estoicos: alcanzar un estado de ataraxia (*ataraxia* significa el hecho de no ser perturbado). La *illusio* es el opuesto mismo de la ataraxia: es estar preocupado, tomado por el juego. Estar interesado es aceptar que lo que ocurre en un juego social dado importa, que la cuestión que se disputa en él es importante... y que vale la pena luchar por ella” (2005: 174)¹¹.

Además de lo dicho, otra cuestión planteada por Bourdieu, la cual sólo insinuaremos, es la del campo donde todos los campos se relacionan, o lo que es lo mismo, el campo *con* el cual y *en* el cual se relacionan el resto: *el campo de poder* (1997: 47; 2004: 23; 2005: 147). En este último, todos los capitales (de cada uno de los campos) batallan por lograr la legitimidad de las legitimidades, o en palabras del sociólogo galo: “se trata por lo tanto de aquel campo donde se enfrentan los detentadores de diferentes poderes o especies de capital que luchan por imponer el *principio de dominación dominante* o el *principio legítimo de dominación*, intentando hacer valer su capital (su poder) como el capital dominante en el conjunto de los campos sociales” (2001: 20/1).

Ahora bien, pasemos a un concepto crucial para nuestros intereses, esto es, para intentar comprender que hay *detrás* del conjunto de prácticas que los operadores jurídicos llevan adelante; principalmente dar cuenta de aquello que gravita para que la PP se haya transformado en el mecanismo por antonomasia a partir del cual se encierra a la mayoría de las personas en nuestra provincia. Este concepto es el de *habitus*.

Antes de introducirnos en él, articulemos un poco lo dicho hasta aquí en función del problema del derecho: lo primero sería considerar al campo jurídico, en tanto campo social,

¹¹ Dicho esto, es dable preguntarse por los límites de los distintos campos (hasta dónde llegan), lo que no sería posible responder a priori, ya que sólo podremos definirlo a partir de la investigación empírica. No obstante, Bourdieu ensaya una aproximación: “los límites del campo se sitúan en el punto donde cesan los efectos del campo” (2001: 20; 2005: 154/5 y 174/5). En el caso del derecho, y simplificando la cuestión, allí donde no hay *illusio* o interés, y los agentes no compiten ya por querer ser la voz autorizada para decir *qué es derecho*, y lo hacen por otra cosa, se puede afirmar que el campo jurídico ha acabado.

respecto del campo del poder, y así definir “el peso que el campo jurídico, una vez delimitado mínimamente, y el capital jurídico propio de ese campo, tienen en el conjunto de los campos sociales, es decir, *el poder del derecho*” (Ibíd.: 24). Luego, es necesario precisar dentro del campo jurídico la manera en que los agentes se enfrentan por el capital, y las razones por las cuales algunos logran imponerse; hay que “establecer la estructura objetiva de relaciones entre las posiciones ocupadas por los agentes o las instituciones que están en concurrencia en ese campo” (Ibíd.). Por último, hay que lograr explicar aquello que podríamos definir como el *oficio del jurista*, esto es, el habitus de un agente que formando parte de un campo determinado, ha adquirido ciertas disposiciones por la interiorización de las condiciones sociales en las que se ha desarrollado (y desarrolla), permitiéndole dicho campo actualizarlas.

El habitus, ahora sí, es un *sistema de disposiciones duraderas, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes*. Sabido es la recurrente apelación de Bourdieu a los juegos de palabra, que en este caso permite adentrarnos en la categoría, por él utilizada, para especificar aquello que impone un orden a la acción; el habitus es un sistema de disposiciones derivado de la práctica de la misma manera en que la genera: “es a su vez producto de la práctica y principio, esquema o matriz generadora de prácticas, de las percepciones, apreciaciones y acciones de los agentes” (Ibíd.: 25). Lo *estructurado* es aquello proveniente del entorno físico y afectivo (la familia, la escuela, la condición de clase, etc.): aquí el habitus es *producto social*. Lo *estructurante* sería lo que condiciona u orienta a las prácticas de acuerdo con la organización de las apreciaciones y actuaciones del agente: en estos términos, el habitus es *productor social*.

Esto le permite afirmar a nuestro autor que en la práctica de las personas no hay ni necesidad mecánica ni libertad reflexiva que la gobiernen decididamente: el habitus es el modo de conducir la vida en el que se integran, entre otras cosas, las maneras corporales (*hexis*), así como las apreciaciones morales (*ethos*); es, por ello, una *subjetividad socializada* (2005: 181).

Una de las grandes ventajas que ofrece este concepto es la de complejizar, como también lo han hecho otros métodos -por ejemplo el análisis funcional-, el estudio de las prácticas, sirviéndonos de tópicos erosivos del sentido común; textualmente Bourdieu sostiene: “El habitus es aquello que debe plantearse para explicar que, sin ser racionales, los agentes

sociales sean *razonables* (condición de posibilidad de la sociología). La gente no está loca, es mucho menos excéntrica o ilusa de lo que espontáneamente creeríamos precisamente porque ha internalizado, mediante un proceso de condicionamiento múltiple y prolongado, las oportunidades objetivas que enfrenta” (2005: 191). Entonces, una de nuestras tareas es indagar si ese *proceso de condicionamiento múltiple y prolongado* por el que atraviesan los operadores jurídicos en su campo incide o no en la puesta en práctica de la PP, y de ser así, precisar cómo es que lo hace. “Las personas saben cómo *leer* el futuro que les cuadra, hecho para ellos y para el cual están hechos..., por medio de anticipaciones prácticas que captan, en la superficie misma del presente, lo que se impone incuestionablemente como aquello que *debe* ser hecho o dicho (y que será visto retrospectivamente como lo único que era posible hacer o decir)” (Ibíd.) ¿Es la PP utilizada, en principio desmesuradamente, porque responde a esas *anticipaciones prácticas* de la que habla nuestro autor? ¿Se impone incuestionable como algo que debe ser solicitado siempre? ¿A veces? ¿Bajo qué circunstancias? Lo importante de estas nociones es que nos inspiran preguntas que difícilmente toleren respuestas lineales y espontáneas. Consideramos que la forma de plantear los problemas y sus interrogantes, pero mucho más aún, aquello que somos capaces de considerar como problemas debido a nuestros interrogantes, definen las soluciones a las que arribaremos: “tenemos siempre las soluciones que nos merecemos de acuerdo con los problemas que planteamos” (Deleuze, 2007: 343).

Llegado este punto, analicemos dos cuestiones ya planteadas: el derecho como orientador de las prácticas, por un lado, y el derecho como práctica, por el otro.

Respecto del primer punto, Bourdieu sigue al postulado weberiano según el cual las personas obedecen una regla cuando existe en ellas un interés mayor que en desobedecerla (Weber, 1969), lo que tácitamente equivale a respaldar la idea de que la regla no es eficaz por sí sola; de allí la pregunta acerca de las condiciones en que aquella puede resultar orientadora de la conducta.

Para ello hay que tomar a la regla en correspondencia con la práctica, ya que “la regla tiene lugar *en* la práctica. La práctica es una continua interpretación y reinterpretación de lo que significa la regla, y la regla es realmente lo que la práctica hace de ella” (2001: 42). Y el sentido (o comprensión) que interviene en el agente para que dicha regla opere (o no) como referencia se encuentra precisamente en el habitus en tanto sistema de disposiciones

duraderas. La regla tiene como principal característica la de facilitar y simplificar las alternativas de los actores en el curso de la acción. “La parte de indeterminación y de incertidumbre que tiene el habitus hace que uno no pueda remitirse completamente a él en las situaciones críticas, peligrosas” (Ibíd.: 43), por ello es de notar que cuanto más comprometida es una situación, más reglada se encuentra la práctica. Podríamos decir entonces que a mayor perplejidad o vacilación contenida en una práctica, ésta más se vaya codificando (formalizando) para de esa manera conjurar los peligros que pudiesen provenir de la espontaneidad típica del habitus. Una pregunta que nos surge es si la utilización de la PP se puede considerar una regla, pero no como actividad antagónica a la excepción, sino en términos de Bourdieu, como un actividad que facilita y simplifica las opciones de los agentes jurídicos ante circunstancias de alguna manera apremiantes.

De lo expuesto surge que, si bien la regla no tiene la eficacia que le asigna el juridicismo, tampoco puede desconocerse la importancia que supone *estar en regla*, debido a los beneficios incontestables que ofrecen la regularidad o regularización como efecto del reconocimiento que es universalmente acordado a la regla oficial (por ejemplo, ser un alumno regular). “Con otras palabras: que el derecho no sea la razón de ser –ni exclusiva, ni principal- de las prácticas no quiere decir que no aporte una racionalidad específica (esto es, una específica fuerza o violencia) a la génesis de esas mismas prácticas” (Ibíd.: 46).

Para concluir el derrotero bourdieuiano, planteamos la cuestión del derecho en tanto práctica. Esto es lo que con un refinado análisis, el sociólogo francés desarrolla en *La fuerza del derecho*¹². Además de partir de su frecuente escepticismo, devenido muchas veces hostilidad, por los dualismos (*objetivismo* y *subjetivismo* en las ciencias sociales, *internalismo* y *externalismo* en el campo jurídico), nuestro autor delimita puntos enjundiosos: “observamos que al interior del propio campo jurídico existe una división del trabajo que se determina mediante la rivalidad estructuralmente reglada entre los agentes y las instituciones comprometidos en ese campo, fuera de toda concertación consciente, que constituye paradójicamente la verdadera base de un sistema de normas y de prácticas que parecen fundados a priori en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de su aplicación y que, al parecer así como participante a la vez de la lógica positiva de la ciencia y de la lógica normativa de la moral, se entiende que es por

¹² Si bien el artículo mencionado puede encontrarse en dos libros, *Poder, derecho y clases sociales* y *La fuerza del derecho*, nosotros seguimos al segundo debido a lo favorable de su traducción.

ello capaz de imponer universalmente su reconocimiento mediante una necesidad inseparablemente lógica y ética” (2000: 161/2). Parafraseando a Marx, podríamos decir que para Bourdieu, la historia del derecho es la historia de la lucha, no de clases, sino de los agentes que dentro de ese campo pugnan por su capital específico. Pero además, la historia de esta lucha, es la historia de una lucha reglada, ya que las discrepancias más radicales siempre se dan sobre un fondo de acuerdo y consenso: es la adhesión y el compromiso de todos los que están interesados en el juego lo que hace posible el campo, y es para ellos para quienes éste está consagrado. Todos los agentes, más allá de sus discrepancias, están de acuerdo en que vale la pena esforzarse para decir legítimamente *qué es derecho*. Pero quizá lo más perspicaz de la cita es llamar la atención acerca de la violencia naturalizada sobre la que el derecho ha montado su efigie de neutralidad, universalidad, etc.; reconocer es desconocer la violencia que entraña aquello que aceptamos sin titubeos, o en otras palabras, “que la crítica de la violencia simbólica de la actividad formalizadora y formalizante del campo jurídico permite tomar conciencia de las posibilidades de someter a esa misma violencia a sus propias exigencias de formalización” (Ibíd.: 49).

La efectiva *base* que nos ayuda a esclarecer al derecho como práctica, no es la afinidad por los valores probos e inmaculados de aquellos operadores jurídicos, sino precisamente la rivalidad reglada entre ellos, que pese a ser reglada, *es rivalidad*.

Y en esto la PP puede estar vinculada: quizá esta medida cautelar sea el inicio, hacia adentro del campo jurídico, del enfrentamiento por su capital, o quizá la consumación de las discordias. Puede asimismo no ser atribuible a ninguna de estas disputas, pero de igual modo debemos investigar los presupuestos implícitos que, bajo los aspectos de inevitabilidad, gobiernan a este instrumento. Incumbe explicar también a qué necesidad responde el uso de la PP, y que los agentes jurídicos disimulan con el simple argumento de tener aquellos requisitos jurídicos exigidos: “mientras la ley es ignorada, el resultado del *laisser faire*, cómplice de lo probable, aparece como un destino; cuando ella es conocida, éste aparece como una violencia” (2001: 10). En definitiva, Bourdieu nos obliga a pensar que no es suficiente para comprender la PP buscar en ese conjunto de artículos del CPP señalados al comienzo de este trabajo, sino ver que detrás de ello hay un conjunto de prácticas regladas que al anular la espontaneidad del *habitus*, delimita y restringe las opciones de los agentes del derecho.

Hasta aquí el primer paso, el de reconducir a la PP y arrastrarla de una esfera puramente dogmática a otra sociojurídica¹³, en la cual ya no es posible trabajarla en tanto problema de respeto o trasgresión a los cánones y principios del derecho, sino como fenómeno complejo que posee sus lógicas singulares, las cuales atraviesan a los agentes jurídicos, de la misma manera en que éstos surcan dichas lógicas: la interiorización de la exterioridad sumado a la exteriorización de la interioridad asegura tomar a la PP como una práctica, o mejor aún, como una regla, que excede los planteos doctrinarios; es por ello, entonces, que “el Derecho, como mecanismo de regulación y como profesión y disciplina, deviene objeto de estudio para ser explicado en términos sociológicos.... Se ha tratado el Derecho de tal forma que, como doctrina y como práctica profesional, se puede analizar y entender en términos de sus propias categorías internas, sin referencia al entorno social en que se desenvuelve” (R. Cotterrell, 1991: 23/31). Lo que intentaremos es analizar al derecho a través de los hechos, o más específicamente a la PP a la luz de sus condicionamientos organizacionales, puesto que “el fenómeno jurídico no se agota en la descripción del derecho positivo válido”, por ello, “de nada sirve tildar de antijurídica una generalizada evasión institucionalizada sin determinar las causas sociales que la justifican y la consideran conducta aceptable socialmente” (Fucito, 1993: 53).

El aporte de la sociología jurídico-penal.- Basta un nombre quizá para iniciar este apartado: Alessandro Baratta. Y basta un libro, a su vez, para continuarlo: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Es cierto que entre la sociología jurídica y la sociología jurídico-penal (en adelante SJP) existen irrefutables puntos de confluencia o intersección. Sin embargo, el objeto de esta última presenta rasgos distintivos a partir de los cuales acercarnos al problema de la PP.

El texto mencionado es un clásico para el ámbito de la criminología, siendo escrito en 1980, y traducido al español seis años después. Junto a otros como *La nueva criminología* de I. Taylor, P. Walton y J. Young (2001) o *Control y dominación* de M. Pavarini (2003), se ha vuelto un silabario para quienes desean aproximarse al problema del delito desde una mirada indócil. A su vez, posee la característica de todo gran libro: es difícil escribirlo, pero muy fácil y placentero leerlo.

¹³ “Llámesese sociología jurídica o sociología del derecho, el objeto de nuestra ciencia es el análisis de las condiciones de producción..., las causas, efectos y ocasiones de aplicación (efectividad, inefectividad) de las normas jurídicas en un sistema social dado” (Fucito, 1993: 58)

El mismo Baratta se encarga de puntualizar los elementos que componen la preocupación de la SJP, diferenciándola de otras disciplinas. De allí que pretenda escindir el objeto de la ciencia jurídica (que se compondría de las normas y las estructuras normativas), del de la filosofía del derecho (que toma a los valores conexos a los sistemas normativos), y por último, del de la sociología jurídica (que atiende a los comportamientos que tienen como consecuencia normas jurídicas, o son efectos de las normas jurídicas, o aquellos comportamientos que tengan relación funcional con los dos anteriores). Hecha esta demarcación, define ahora sí, la tarea de la SJP: “la sociología jurídico-penal estudiará, pues, en primer lugar, los comportamientos normativos que consisten en la formación y aplicación de un sistema penal dado; en segundo lugar, estudiará los efectos del sistema penal entendido como aspecto ‘institucional’ de la reacción al comportamiento desviado y del control social correspondiente. La tercera categoría de comportamiento abarcados por la sociología jurídico-penal concernirá, en cambio a) a las reacciones no institucionales al comportamiento desviado, entendidas como un aspecto integrante del control social de la desviación, en convergencia con las reacciones institucionales estudiadas en los dos primeros aspectos y b) en un nivel de abstracción más alto, a las conexiones entre un sistema penal dado y la correspondiente estructura económico-social” (Baratta, 2004: 14). Dicho de otra manera, la SJP estudiará los comportamientos que constituyen una reacción ante el acto desviado, los factores que condicionan a esta reacción y a su vez, los efectos que esta reacción produce. Cómo reaccionen la policía, los operadores jurídicos y el servicio penitenciario, pero también el público en general (reacción no institucionalizada), no es inocuo respecto de la trayectoria de quien ingresa en los contornos del sistema penal, fundamentalmente porque el autor italiano considera que no hay conductas que *en sí* (ontológicamente) puedan denominarse delitos, sino que la reacción del sistema penal es *parcialmente constitutiva* de todo acto desviado; la cualidad de desviado de un acto es una construcción social externa al propio comportamiento, el cual no posee intrínsecamente esa propiedad.

Según Baratta, hay dos grandes paradigmas que abordan la cuestión criminal: el etiológico, por un lado, y la teoría de la reacción social, por otro. El primero de ellos busca comprender las causas del delito, tomando a éste como un objeto dado cuya existencia no depende de la reacción que la sociedad tenga sobre el mismo; es un comportamiento que posee la

condición de ser desviado independientemente de otra circunstancia. En las antípodas se halla la *teoría de la reacción social* o labelling approach, que parte de la postura en la que ningún acto es desviado *en sí mismo*, sino que la reacción social –la de los ciudadanos, la de la policía, la del poder judicial, etc.- que se suscite sobre el mismo es la que establece su calidad de criminoso. Por lo tanto, aquí ya no se investigan las causas del delito, porque éste no preexiste a la reacción que lo termina definiendo como tal; de ahí que el análisis de este paradigma se mude a los motivos que generan que una sociedad defina como desviado ciertos actos y otros no.

Queda claro entonces que con la teoría de la reacción social hay un desplazamiento del comportamiento desviado –típico del paradigma etiológico- a los mecanismos de reacción y de selección sobre determinadas conductas –y población-¹⁴.

A su vez, en Alemania se hace una recepción del *labelling* muy provocativa. F. Sack plantea un problema que sigue teniendo mucha vigencia, e incluso resulta importante para nuestra investigación sobre la PP: así como existen reglas generales para guiar nuestro proceder, también hay metarreglas, es decir, reglas sobre la interpretación y la aplicación de estas reglas generales. Esto es sumamente relevante en las organizaciones en general, y en el aparato judicial en particular: la regla, tomando en cuenta el discurso jurídico, es que la PP se aplique excepcionalmente, y a pesar de ello su uso estandarizado es lo habitual, al menos aparentemente; ¿será que las metarreglas, esto es, *las reglas sobre la interpretación y la aplicación de las reglas generales*, persuaden a los operarios jurídicos de otra certeza?, o aún peor, que “... las reglas de aplicación no quedan limitadas a las reglas... concientemente aplicadas por el intérprete (las agencias oficiales, los jueces), sino que se transforma en el de las leyes y de los mecanismos que actúan objetivamente en la mente del intérprete, y que deben ser presupuestos para los fines de una explicación sociológica de la divergencia entre” aquello que se espera que suceda y lo que realmente sucede (Baratta, 2004: 105). Quizá no exista tanto margen de libertad como creemos para las disposición de la PP por parte de los jueces ya que “los significados, ligados a la cultura, que forman la sustancia de sentido de cualquier situación y acción... son también reglas objetivas del

¹⁴ En otro lugar Baratta sostiene que “el objeto de la criminología se trasladaba, pues, de las condiciones de los comportamientos criminales a las condiciones de los procesos de criminalización, de la criminalidad al derecho penal, con lo que la criminología misma se transformaba en sociología del derecho penal. El estudio histórico y sociológico de los sistemas de la justicia criminal destacaba, sobre todo, su carácter altamente selectivo, tanto en lo que concierne a la producción de las normas penales (criminalización primaria) como en lo que respecta a la aplicación de esas normas por parte de los órganos de la justicia criminal (policía, ministerio público, jueces) y de la opinión pública”, denominada criminalización secundaria (2004b: 56).

sistema social” (Ibíd.). No es menor el aporte de Sack a esta problemática, ya que pone en duda que el espectro de decisiones judiciales ante ciertos hechos sea muy amplio; hay condicionamientos que superan incluso las características subjetivas de los agentes, de allí que “las reglas sobre la aplicación seguidas, conscientemente o no, por las instancias oficiales del derecho y correspondientes a las reglas que determinan la definición de desviación y de criminalidad en el plano del sentido común, están ligadas a leyes, mecanismos y estructuras objetivas de la sociedad...”, de donde resulta importante realizar “...investigaciones... sobre los estereotipos criminales, así como todo un sector de la nueva sociología jurídica que se ocupa del análisis de los grupos profesionales ligados a las instituciones del control social de la delincuencia (sociología de los jueces y de los juristas en general, de la policía, estudios sociológicos sobre el proceso penal, etc.)” (Ibíd.: 106).

¿Qué tipo de comportamientos provocan la utilización de la PP? ¿Quiénes llevan adelante este tipo de hechos?, esto es, ¿pertenecen a algún grupo o sector –por qué no clase-homogéneo? ¿Forma parte de la reflexión de los agentes jurídicos el estado actual del problema? ¿En qué medida se perciben condicionados quienes solicitan la PP, y quienes tienen que hacer lugar a la misma? ¿De qué manera legitiman los mismos operadores la utilización de esta medida cautelar? ¿La perciben como desmesurada? ¿Consideran estos que los cambios de coyunturas, políticos o económicos por ejemplo, inciden para el aumento o la merma de la PP? Son sólo algunos de los interrogantes que la SJP podría ayudarnos a resolver, ya que lo más relevante para nuestro trabajo, para explicar a la PP como regla práctica, no es tanto las causas de las conductas delictivas, sino la manera en que el funcionamiento de la justicia penal dirige contra algunos que (supuestamente) delinquen (y no sobre todos) este encierro anticipado. “Al final, sobre el funcionamiento de la justicia criminal no se puede producir una evaluación consistente si no se tiene una idea clara de estos problemas; porque solamente teniendo una idea clara de los problemas sociales, a los cuales el sistema pretende reaccionar etiquetándolos como criminales, yo puedo ver qué respuesta da este sistema a estos problemas. Es decir, yo necesito una visión, una construcción de estos problemas, de estos asuntos que normalmente se llaman criminalidad, fuera de las definiciones que les proporciona el sistema, independientemente, con otra gramática, para ver después de qué manera selectiva o con qué eficacia, o con qué

coherencia o contradicción, el sistema reacciona a estos problemas sociales, definiendo y persiguiéndolos como criminalidad” (2004b: 404).

Pensar al fenómeno criminal con categorías distintas a las propuestas por el sistema penal posibilita profundizar y enriquecer los debates en torno a dicha problemática, lo que correlativamente permite afirmar que trabajar sobre la PP con construcciones teóricas ajenas a las que hace la dogmática sobre el fenómeno abrirá una trocha que, evitando *juzgar* los desempeños de los agentes implicados, ayude a *explicarlos*.

Prisión preventiva y administración de justicia.- Aunque se encuentran en ciernes, existe un conjunto de rudimentos a los que podríamos incluir dentro de una sociología de la justicia, los cuales nos parecen interesantes, al menos para dejarlos esbozados.

El discurso jurídico tiene como sustento una determinada imagen del derecho (no homogénea), de lo que debe entenderse por *derecho*, lo cual incide en distintos ámbitos, desde las facultades, en etapas tempranas mientras el futuro jurista se forma, hasta en la manera de ejercer dominio político legal en una sociedad.

Todo ello vuelve relevante el estudio del fenómeno jurídico como técnica de gobierno de las conductas, pero a su vez nos acerca a la posibilidad de tomar a una de sus esferas (el Poder Judicial) como campo de observación: la sociología de la justicia “supone un conocimiento no sólo de las estructuras que componen el aparato judicial, sino también del comportamiento de los jueces, de la valoración que de éstos realizan los ciudadanos, de la ideologías e intereses sociales que alientan los magistrados, de la imagen que ellos forman de su función y profesión, de la comunicación recíproca que debe existir entre la sociedad y la justicia, etc. Concretamente, el peso que los jueces y los tribunales de justicia ejercen, por un lado, en la conformación del aparato de Estado, y, por otro, en las relaciones entre éste y la sociedad civil. Su papel mediador en los conflictos sociales y en los conflictos de poder que se generan entre las distintas instancias político-institucionales, provoca un interés cada vez más notable entre los sociólogos del derecho” (Bergalli, 2004: XXII). Si bien amplia (y extensa, sin duda), esta definición nos interesa como indicador para progresar en la admisión o impugnación de un argumento clave: que el problema de la PP en tanto práctica rutinizada¹⁵, no es su legalidad o ilegalidad, sino el de su naturalización.

¹⁵ Que la PP sea una práctica rutinizada efectivamente no nos consta, desde luego: lo tomamos como hipótesis debido a las cifras con las que contamos. Pero en todo caso, y es sobre lo que versa el núcleo de nuestra investigación, la meta es confirmar si de hecho esto es así o no, al menos en lo referido a nuestras observaciones.

Las preguntas que nos surgen son: ¿de qué modo la manera de administrar justicia colabora (o no) con la aplicación de la PP? ¿Hasta qué punto esta función favorece su utilización? ¿Cómo la carrera judicial, en tanto proyecto de los agentes judiciales, promueve (o no) la desidia ante esta problemática? ¿Inciden en esto cuestiones como el honor, el secreto, las reciprocidades o el hermetismo, característicos del Poder Judicial? Se nos puede objetar que los interrogantes no son sustancialmente distintos a los planteados en apartados anteriores, pero nuestra pretensión aquí es más bien realizar un sutil desplazamiento, o mejor aún, una cierta oscilación, entre lo dicho y cuestiones concernientes a ritos, tradiciones y querencias más próximas a una antropología jurídica. Aunque nuestro trabajo no se caracterizará por utilizar técnicas etnometodológicas estrictamente hablando, sí intentaremos tomar en cuenta factores más gráciles, siempre que ayuden a una mejor comprensión del problema. Estar atentos al detalle, a lo imperceptible, siempre que redunde en un aporte sustancioso, o como lo plantea C. Geertz: “somos los miniaturistas de las ciencias sociales, pues pintamos sobre lienzos liliputienses lo que creemos que son trazos delicados. Esperamos encontrar en lo pequeño lo que nos esquivo en lo grande, tropezando con verdades generales mientras estamos revisando en casos especiales” (1994: 20).

Los tópicos planteados por Bergalli para comenzar a ilustrar el escenario de la justicia son: el imaginario de los magistrados en el cual existe identidad entre derecho y ley, típico del positivismo legalista: “sólo es jurídico el derecho positivo, y por positividad se entiende legalidad pura” (Bergalli, 2004: XXIII). De esto deriva otra cuestión fundamental, a saber, que los jueces deben poseer (y se les debe exigir) total preservación respecto de cuestiones políticas. Más allá de tener sustento legislativo (decreto 1285/58), lo que indudablemente gravita respecto de esto último es cierta imagen de la justicia, de cómo administrarla, que parte de considerar el trabajo del magistrado como mero tecnicismo despojado de toda creatividad, y más aún, de toda carga valorativa (lo que es, como mínimo, dudoso): “las prohibiciones para actuar en política y para participar en asociaciones profesionales” son paradójicas “en la medida en que en la administración de justicia –uno de los pilares fundantes del estado moderno...- sus integrantes carecen de uno de los derechos fundamentales del ciudadano” como es el derecho a la participación política y al libre ejercicio de sus libertades (Sarrabayrouse, 2004: 234). Por último, el criminólogo argentino enfoca críticamente a una concepción lírica según la cual la administración de justicia

ostentaría autonomía respecto del resto de los órganos del Estado, así afirma que “lo esencial no es la división de poderes como dogma, sino el equilibrio de poderes como estrategia y que, por consiguiente, lo primordial es conocer quién es el protagonista hegemónico de la lucha contra el poder absoluto... el pueblo” (Bergalli, 2004: XXVIII). La independencia garantizada al poder judicial, que por otro lado tiene sustento constitucional al calor de los principio de inamovilidad de los jueces y de la irreducibilidad de sus sueldos (Art. 110 C.N.), debe ser algo más que una proclama.

Aunque nos reste avanzar, sólo deseamos aquí asir estas cuestiones respecto de nuestras inquietudes: desde ya que no articularemos minuciosamente al encarcelamiento preventivo con temas como el influjo del positivismo jurídico, la apoliticidad o no de los magistrados o la real independencia del poder judicial, lo que precisaría una investigación aparte. Sin embargo, tener estos puntos ya perfilados nos facilitará, en todo caso, ligarlos ocasionalmente a lo largo de las indagaciones que llevemos adelante.

Continuando entonces, en el inc. 4 del artículo 99 de la C.N. se dispone como una de las atribuciones del poder ejecutivo nombrar a los magistrados de la Corte Suprema y a los demás jueces de los tribunales federales inferiores. Difícilmente esto contribuya a una mayor independencia del poder judicial, ya que, entre otras cosas, puede facilitar que ante determinado cargo a ocupar, no sea la persona más idónea quien resulte elegida, sino algún consocio del poder político en funciones. Estas prácticas, que sostienen amiguismos y protecciones, surcan la actividad, no sólo de los magistrados, sino de todos los empleados judiciales; al decir de M. J. Sarrabayrouse, “existe una urdimbre de relaciones basadas en el parentesco, el status y las jerarquías que atraviesa la estructura, que da un sentido particular a la acción de los actores y a la que se hace imprescindible recurrir si se quiere comprender el funcionamiento institucional” (2004: 203). Todo esto nos interesa en la medida que no resulta inocuo para las actividades de quienes solicitan (o no) y aceptan (o rechazan) la PP. El grado de autonomía de un juez, o de cualquier otro operador descendiendo en el escalafón judicial, que ha sido “beneficiado” con dicho cargo, es probable que se diluya ante determinadas circunstancias (como por ejemplo el “pedido de un favor”), y el interrogante a esclarecer es si la PP es una de ellas. Pese a que en el poder judicial rigen un conjunto de pautas abstractas de tipo universales e impersonales propias de todo aparato burocrático, hay otro régimen coexistente que impera con él simultáneamente: “por un lado,

el universo de las reglas y de las leyes generales y universalizantes; por el otro, el universo de las relaciones personales caracterizadas por el clientelismo, el status y la jerarquía” (Ibíd.: 204).

Anteriormente nos preguntábamos sobre el influjo de la carrera judicial en el compromiso o la apatía de los agentes acerca de determinados sucesos, y es que en el derrotero que va desde el inicio como meritorio hasta ser ungido como juez, existe un sinnúmero de pleitesías que abierta o veladamente deben rendirse, tanto a quienes nos han promovido como a aquellos que podrían hacerlo. La deuda y el intercambio no son categorías exclusivamente económicas y/o jurídicas, sino fenómenos sociales que se actualizan en los diversos agregados humanos (Nietzsche 1998, 1999 y 2005; Clastres, 2001; Canetti, 1994; Mauss, 1979). De allí que los nombramientos dentro del ámbito judicial posean dos características fundamentales: por un lado, la *sutiliza* en la obligación de devolver el favor a quien nos impulsó: no es obvio el débito, más bien, tácito y etéreo. Por otro lado, y en correspondencia con el primer elemento, la compensación por el favor obtenido (o la reciprocidad) no es inmediata, costeándose de maneras distintas en el momento oportuno. Así, “quien recomienda a una persona para que sea designada juez puede solicitar a la persona favorecida... que nombre a un familiar o conocido suyo como empleado o secretario...; el nombramiento puede implicar el cumplimiento de ciertas órdenes al pie de la letra...;...la asignación en un cargo puede facilitar la tramitación de causas o entorpecer el desarrollo de otras...” (Sarrabayrouse, 2004: 209).

Estar atentos a todo esto sirve para pensar qué lugar ocupa la PP en el marco de un conjunto de relaciones que suponen estructuras y procesos en la configuración de una organización; a su vez, advertir el papel que el entorno juega en dicho esquema organizacional, y, por último, la relación entre entorno, configuración organizacional y el comportamiento de los individuos en su interior (Vaughan, 2007).

Por último, y para retomar aquello que definiéramos más arriba como un argumento cardinal, aludiremos brevemente a la naturalización de ciertas violencias en las esferas de las burocracias penales. Ya Bourdieu nos alertaba que el *reconocimiento* de cierta práctica suponía el desconocimiento de la arbitrariedad que le es inherente; tomar un hecho como necesario implica aceptar la fatalidad, no sólo del mismo, sino de sus consecuencias. Por eso aquí, aspiraremos a tener en cuenta “el análisis de las burocracias penales y sus efectos

violentos no ya desde una lógica jurídica, con énfasis en la denuncia, sino intentando aprehender estas burocracias violentas en su racionalidad,...que permitan desentrañar sus lógicas internas” (Martínez, 2002: 260). De esta manera, entonces, vuelve a ser la PP una medida que debemos intentar explicar, entre otras cosas, no por su apego a los diferentes principios legales, sino por la naturalidad que ha logrado (o no) entre los funcionarios judiciales, lo cual será posible si conseguimos extraer de los hábitos, las rutinas y las interacciones un conjunto de regularidades al calor de las cuales el encarcelamiento preventivo se transforme en un portador de sentido, lo que desde luego es irreconocible en los términos en que los esquemas legales plantean la cuestión.

Nuestro tema puede ser interpretado de diversas maneras: como resultado de la incongruencia entre legislación y los tiempos en que ésta se aplica, o bien como la errónea aplicación de las normas correctamente elaboradas, o también como producto de cierto cinismo por parte de (algunos de) los funcionarios judiciales. Aunque resulta difícil negar concluyentemente estas lecturas, o dicho con otras palabras, si bien es probable que las explicaciones precedentes puedan dar cuenta de ciertos casos en los que la PP es utilizada, no obstante, e incluso antes que todo ello, consideramos que la problemática “debe ser analizada como un elemento que forma parte de las pautas culturales del mundo penal, que no resulta ni ajena ni extraña a sus agentes, que forma parte de su lógica de acción, que estructura mucha de las prácticas de las agencias del sistema penal” (Ibíd.: 261).

Con la ayuda de la sociología de la justicia, a lo que añadimos valiosos aportes provenientes de la antropología jurídica, estamos en condiciones de sostener que mientras no logremos precisar la significación que ostenta la PP en la habitualidad de dicha cultura, las complicidades cotidianas que probablemente la hagan posible, relativizando incluso el peso de las fórmulas jurídicas (que nada dicen sobre las prácticas), difícilmente comprendamos las verdaderas motivaciones del problema: “desde fuera del mundo penal podemos ver los efectos que produce el uso de la *PP* pero no llegamos a conocer el cómo los produce, las prácticas y las ideas que los hacen posible” (Ibíd.: 269)¹⁶.

El castigo social de la prisión preventiva.- Hasta aquí hemos intentado mostrar en qué medida pueden ciertas ramas de la sociología ayudarnos a tener una comprensión más

¹⁶ La cursiva es nuestra. Según cita textual: “desde fuera del mundo penal podemos ver los efectos que produce el uso de la violencia institucional, pero no llegamos a conocer el cómo los produce, las prácticas y las ideas que los hacen posible”.

exhaustiva de lo que en términos jurídicos es una (entre otras) medida cautelar. Nos resta aún hacer lo mismo con la sociología del castigo.

Aunque el tema del castigo ha sido abordado, no sólo desde tiempos remotos, sino también en campos heterogéneos¹⁷, nosotros partiremos del trabajo de D. Garland por considerarlo catalizador de las corrientes sociológicas que procuraron indagar las condiciones de procedencia y emergencia (Foucault, 1992), así como los efectos, del fenómeno punitivo.

“Debemos recordar, una y otra vez, que el fenómeno al que llamamos castigo es de hecho un conjunto complejo de procesos e instituciones interrelacionados, más que un objeto o un hecho uniforme”¹⁸ (Garland, 2006: 32) ¿Es la PP un castigo, entonces? Difícil ofrecer una respuesta monosilábica a semejante pregunta, aunque sí nos quepa a nosotros confirmar categóricamente que no es un *ni objeto ni un hecho uniforme*.

Más allá de haber aseverado anteriormente que esta medida cautelar no tiene un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar el logro de los fines del proceso, son los mismos procesalistas quienes la definen como pena anticipada en tanto gesto punitivo ejemplar y expeditivo ¿Cuál es el fin, nos preguntamos, de esto que no tiene un fin en sí mismo? Es, al menos para quienes la examinan críticamente, un castigo encubierto, más allá de los ropajes técnicos con que se la haga lucir.

Si tomamos estas consideraciones como hipótesis, se vuelve legítimo ver a la PP como objeto de estudio de la sociología del castigo. Si esta última pretende estudiar qué relaciones existen entre los modos de castigar institucionalizados¹⁹ y la sociedad en la que ello acontece, y se asume provisionalmente que la PP es un castigo, la meta es explicar a qué responde que en determinada sociedad una medida cautelar se haya transformado en el modo de castigar por antonomasia, erosionando implícitamente los sustentos legales de la justicia (Van den Dooren; Kreplak, 2007).

¹⁷ Trabajos como los de Kafka, Genet o Dostoievski hacen posible hablar de una auténtica literatura del castigo. Nietzsche, desde su rincón siempre refractario, plantea serios interrogantes acerca de la justificación de la sanción. Montesquieu y Hobbes, como otros en la teoría política, hacen énfasis en la relevancia social de castigar. En *Eichmann en Jerusalem*, H. Arendt (1999) arremete sobre el atolladero que plantea la racionalidad, el mal y su punición.

¹⁸ Antes de esto, Garland sostiene que la sociología del castigo, “en su noción amplia, es el corpus que explora las relaciones entre castigo y sociedad. Su intención es entender el castigo como fenómeno social y, en consecuencia, establecer su papel en la vida social. ...comparte su esencia con la ciencia penitenciaria, aunque se distingue de ésta en que sus parámetros de estudio son más amplios..., contempla las instituciones desde el exterior, por así decirlo, y busca entender su papel como un conjunto distintivo de procesos sociales inmersos en una red social amplia” (2006: 25)

¹⁹ “En este texto se considera el castigo como el procedimiento legal que sanciona y condena a los trasgresores del derecho penal, de acuerdo con categorías y procedimientos legales específicos... Este énfasis en el castigo legal a los transgresores del derecho penal significa que, aunque el castigo también ocurre fuera del sistema legal..., en este estudio no se incluirán tales formas de práctica punitiva” (2006: 32).

Aunque resulte incongruente, advertimos que, la gran paradoja de la PP es precisamente que *de hecho* es definida como pena por buena parte de la dogmática, pero *por derecho* no tiene ese fin preestablecido, razón por la cual resulta incluso difícil introducirla llanamente en la sociología que nos ocupa, ya que ésta rastrea las formas legales de punición. No obstante, como investigaremos acerca de lo que es y no sobre lo que debería ser, y de alguna manera (más o menos formal, más o menos informal) el castigo preventivo se encuentra homologado por el Estado, tomaremos (como dijimos antes, al menos transitoriamente) a la PP como una forma de castigar autorizada por la ley, para encontrarle de esa forma un fundamento social: “trabajar en sociología del castigo permite preguntarse sobre la legitimidad de las actuales instituciones y de la racionalidad de las prácticas corrientes, al igual que identificar las funciones latentes que aparecen como reales determinantes de la práctica penal” (Tedesco, 2004: 238).

Ahora bien, ¿qué debemos entender cuando se alude al castigo en tanto compleja institución social? Garland considera que “actualmente se utilizan diversas nociones para explicar nuestra comprensión de la penalidad. El castigo puede verse como una especie de aparato técnico; un medio instrumental para lograr un fin. ...como una relación coercitiva entre el Estado y el trasgresor, ...un instrumento de dominación de clase, la expresión del sentimiento colectivo, una acción moral, un acontecimiento ritual o la encarnación de cierta sensibilidad” (Garland, 2006: 326). Como se advierte en esta descripción, lo que ha dominado el análisis social del castigo es cierta segmentación que suele enfatizar en algunos aspectos del fenómeno penal prescindiendo de otros; sólo basta pensar en criterios como los durkheimianos y los foucaultianos para comprender, no sólo que tienen concepciones distintas del hombre, la sociedad y el papel del castigo en la misma, sino que además, se centran en etapas distintas del avatar punitivo²⁰. No obstante, es posible extraer de cada uno de los estudiosos aportes significativos sobre el tema, impidiendo mantenerlos atomizados entre sí; para ello, es necesario definir al castigo como definimos a otras instituciones sociales: la familia, la educación o la religión. “Como alternativa a estas imágenes fragmentadas... sugiero el uso del concepto de institución social como forma de

²⁰ Aunque luego avanzaremos sobre esto, dejamos aclarado aquí que en el caso de Durkheim subraya el papel de la penalidad principalmente cuando se infringe aquello que forma parte de la conciencia colectiva, y a su vez, de qué manera las personas se concentran entorno al veredicto que declara a un individuo culpable. En el caso de Foucault, trabaja sobre las repercusiones de las meticulosidades que las prácticas penitenciarias ejercen en los enclaustrados, esto es, pasa al interior de la cárcel para examinar la capilaridad del castigo y no ya las derivaciones exteriores a la institución. Luego de ello, sí describe eruditamente la relación del resto de las instituciones con el disciplinamiento propio de la prisión.

pensar el castigo... lo que nos permite describir la complejidad y el carácter multifacético del fenómeno” que en definitiva resulta ser una forma estable con la cual una sociedad maneja ciertas necesidades, relaciones, conflictos y problemas recurrentes (Ibíd.: 326/7).

¿Por qué castiga una sociedad, entonces?²¹ Si tuviésemos que resumir la explicación al punto de hacer irreductibles las ideas que de ella se desprenden, diríamos que para autores de cuño marxista²², como Rusche y Kirchheimer, lo fundamental es el modo de producción, ya que éste determina *en última instancia* el resto de los fenómenos sociales, o aún mejor aún: “cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas” (Rusche y Kirchheimer, 2004: 3). Es probable que *Pena y estructura social* sea el más original aporte marxista a la teoría social del castigo²³: en él se desarrollan criterios tan resonantes como el de menor elegibilidad (que ya hemos mencionado al principio), la significación independiente del castigo o el vínculo existente entre castigo y mercado laboral, que desmitifican las suposiciones de que la penalidad se vincule con el daño sufrido por la víctima o con la búsqueda de mejoría en aquel que padece un escarmiento, puesto que “la pena no es ni una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta...; por el contrario, debe ser entendida como un fenómeno social independiente de los conceptos y los fines jurídicos” (Ibíd.). Sólo aludiremos, y muy brevemente, al tema de la penalidad y las relaciones laborales: según Rusche y Kirchheimer lo que sustenta una política penal severa o indulgente es ante todo (aunque no únicamente) las exigencias y oscilaciones del mercado laboral. A través de un documentado desarrollo del castigo desde la baja Edad Media, pasando por el surgimiento del capitalismo hasta finalizada la Revolución Industrial concluyen que en los momentos en que se necesita mano de obra, los castigos tienden a atenuarse cuando no a desaparecer, y en el momento que el mercado laboral se satura, sucede lo contrario²⁴: “todo el sistema punitivo de la Baja Edad Media -*caracterizado por una extrema crueldad*- demuestra claramente que no existía escasez de mano de obra..., y con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo también progresivamente el valor de la vida humana.” (Ibíd.: 21).

²¹ Aquí seguiremos los pasos de Garland (2006) sobre los cuatro grandes pilares en la sociología del castigo.

²² Vale recordar que ni Marx ni Engels han pormenorizado sus investigaciones respecto del castigo y aún del delito.

²³ No desconocemos los trabajos de Pashukanis, Melossi o Pavarini, e incluso De Giorgi –entre otros-, pero escogimos ésta obra por la agudeza, genialidad y acopiamiento de información sin precedentes.

²⁴ Algo análogo sucede en la actualidad en la frontera que divide a México de EEUU. Cuando hacen falta domésticas, jardineros o mano de obra para empleos no calificados, dichas fronteras “se abren”, cuando no hay demanda, las mallas se encogen.

En Durkheim el elemento central en la explicación del castigo es la pasión que surge –y urge- por la profanación de sentimientos que una comunidad considera sagrados: al quebrantarse valores que componen la conciencia colectiva –como por ejemplo el respeto por la vida humana-, la respuesta es un reclamo emotivo e irracional de castigo. No hay aquí lugar privilegiado ni para la rehabilitación del infractor ni para la persuasión del resto de la sociedad, sino para la reafirmación de los principios que han sido debilitados (Durkheim, 1982, 1999, 1997, 2004).

Si partimos de Foucault, la propuesta es bien distinta: lo que predomina en su enfoque del castigo como “función social compleja” (2002: 30) es la precisión, la regularidad y la disciplina ya que “existe un código jurídico del dolor; la pena, cuando es suplicante, no cae al azar o de una vez sobre el cuerpo, sino que está calculada de acuerdo con reglas escrupulosas: número de latigazos,...duración de la agonía en la hoguera,...tipo de mutilación que imponer”(Ibíd.: 40). No es el influjo moral lo que caracteriza las prácticas penales, sino su naturaleza instrumental y utilitaria que facilita el control de los ciudadanos –no sólo de los detenidos-, por medio de dispositivos disciplinarios que producen nuevas relaciones sociales.

Las últimas dos teorías forman los pilares de los estudios sociales acerca del castigo para Garland; sin desconocer el aporte marxista a la problemática, el sociólogo inglés llega a una concepción cultural de la penalidad²⁵ a partir del acoplamiento de las cualidades de los dos criterios mencionados y del alejamiento de sus limitaciones: el castigo no es únicamente una táctica racional e instrumental –así lo ve Foucault según la lectura de Garland- ni tampoco emotivo y pasional –como en Durkheim-, sino que “es tanto una cuestión cultural como estratégica..., un ámbito de expresión de los valores y de las emociones como también un proceso de control” (Tedesco, 2004: 241). Entonces, el castigo es un artefacto que tiene con la cultura una gravitación recíproca: las mentalidades y sensibilidades que conforman la vida social influyen sobre la forma de castigar así como esta última lo hace sobre las mentalidades y sensibilidades; más allá de no aventurar porcentajes acerca de los respectivos influjos, lo que sí queda claro es que la complejidad de las prácticas penales en nuestras sociedades no permiten realizar pronósticos simples.

²⁵ Ya en *Humano, demasiado humano*, Nietzsche aportaba líneas culturales respecto de estos temas (§70).

Ahora bien, ¿por qué se ha hecho este somero repaso de las contribuciones al estudio social del castigo? Para avanzar en la comprensión de aquello que puede gravitar en torno a la PP como forma hegemónica de castigar a quienes el derecho les considera aún inocentes. Y para esto, asumimos el criterio de que ciertamente el papel de la penalidad esta compuesto de filamentos diversos, con algo de emotivo y de racional, además de economía política y pautas culturales, a más de su influjo en la creación de una memoria para el hombre (Nietzsche, 1998).

El mismo Garland aporta directamente herramientas que a nuestro entender son útiles si pretendemos ubicar a la PP dentro de la sociología del castigo: “las distintas prácticas, rutinas y procedimientos que conforman el ámbito penal siempre se toman como el marco inmediato de significado que podría denominarse cultura penal” (2006: 245/6). Es en este entorno donde debemos ver la concurrencia de todas las fuerzas sociales que directa o indirectamente le dan forma y sentido al castigo como institución social, como artefacto social. Que sea la pasión irrefrenable, como consideraba Durkheim, o los avatares del modo de producción imperante, según Rusche y Kirchheimer; que se busque controlar y gobernar conductas con objetivos instrumentales y políticos al decir de Foucault o en todo caso, que se forme de la misma manera que es formado por las mentalidades y sensibilidades como supone Garland, el castigo siempre asume formas de actualización, que incluso pueden estar anacrónicamente ligadas con las formas legales de una época: ¿es la PP, además de la regla imperante como modo de ejecutar el encarcelamiento en nuestros días, aquello a lo que indefectiblemente debemos ir acostumbrándonos, e incluso volverlo lícito? Más allá de moralismos ¿es una quimera imaginar un sistema penal cuyos sentenciados con laudo firme (legalmente culpable) no sean la excepción? Olerá un tanto mertoniano, pero nos azuza preguntarnos si es que quizá nuestra estructura social no ha organizado a los medios institucionales para resolver conflictos (como lo es el poder judicial) para las metas dignas de alcanzar (como es no tener a inocentes encerrados). Consideremos preponderante a un autor u otro, lo que debemos reconocer con claridad es la manera en que esas fuerzas sociales (pasión, economía política, disciplinamiento o procesos civilizatorios) se materializan en la cultura de quienes conforman el sistema penal, más precisamente, de los que ostentan lo potestad jurídica dentro de aquel: “esta cultura es la amalgama indefinida de la teoría penitenciaria, de la experiencia acumulada, la sabiduría institucional y el sentido

común profesional que enmarca las acciones de los agentes penales y confiere significado a su quehacer. Es una cultura local, institucional –una forma específica de vida-, con sus propios términos, categorías y símbolos, que dan forma al contexto inmediato en el que existen las políticas penales. Si han de tener efecto, cualquier fuerza o determinante externos que pretendan transformar la política penal –sea mediante una ley, una directriz política o alguna razón de ser cultural o económica- deben primero transformar primero esta cultura penal” (Ibíd.). Además de coincidir con el argumento de Garland, que excede lo descriptivo y linda con lo prescriptivo, agregaríamos que, antes de transformar esta cultura, llegado el caso que se decida hacerlo, (que en nuestra investigación sería la cultura de la PP) hay que desmenuzarla y explicarla lo suficiente como para volver inteligible aquello que la viabiliza y le otorga sentido. En esta misma tónica, el sociólogo inglés continúa: “los portadores primarios de esta cultura penal y los agentes que más han influido en la transformación de estos conceptos culturales en acciones penales son, por supuesto, los operativos del sistema penal: el personal de los tribunales, de las prisiones, los funcionarios de libertad condicional y los secretarios de Estado. En consecuencia, un determinante medular de la política penal siempre será la capacitación, la educación y la instrucción social recibidas por quienes toman las decisiones, como los jueces, los guardias de las prisiones y los representantes gubernamentales. Pero la educación y el quehacer de estos profesionales siempre se realiza dentro de un contexto cultural más amplio, de modo que se ven afectados por el clima de opinión pública y el tono de la orientación gubernamental. Por ende, la cultura del castigo en cualquier sociedad siempre tendrá sus raíces en el contexto más amplio de las actitudes y tradiciones sociales prevalecientes” (Ibíd.). Todo esto será importante atender para que no nos invada la premura en explicar presurosamente el fenómeno de la PP: entre el exterior y el interior del ámbito penal, que buscaremos investigar, hay condicionamientos recíprocos e incesantes que reclaman ser observados; pero a su vez, todo ello no termina por disolver ese micro-clima que asegura contención a las prácticas habituales, entre ellas el encierro de inocentes.

Si el castigo es, entonces, una institución social, y logramos definir a la PP como uno de sus rostros; si es legítimo llegar a hablar del castigo social de la PP, nuestra tarea deberá estar apostada en la excavación de las raíces sociales, económicas, políticas, emotivas y culturales de la misma.

Culminación.- Aunque lo hemos reiterado en varios pasajes de este trabajo, y resulte incómodo volver sobre el tema, insistimos nuevamente en lo siguiente. Si hemos optado por acudir a distintos tipos de sociologías para nuestro abordaje de la PP no es porque las encontremos íntimamente alejadas entre ellas, sino más bien para concentrarnos en las ventajas que cada una ofrece, y asimismo descartar sus limitaciones, desde luego siempre respecto de aquello que necesitamos investigar.

Sin demasiado esfuerzo puede notarse que hay innumerables puntos de concurrencia entre los objetos de estudio de la sociología jurídica, jurídico penal, de la justicia y del castigo, razón por la cual podría insinuárenos prescindir de alguna de ellas debido a las semejanzas que ofrecen; no obstante, creemos que cada una de las cuatro logran una captación original e inédita del fenómeno que pretendemos esclarecer (Deleuze y Guattari 2005; Deleuze, 2007). A pesar de una matriz uniforme, y de todos los elementos comunes que exhiben, cada una desborda esa semejanza y rompe así con el consenso absoluto que haría absurdo tratarlas como ramas distintas. Hay entre las cuatro sociologías formas propias de apoderarse de la realidad social, extrayendo y capturando rasgos de los sucesos que pueden incluso ser incomprensibles para las otras²⁶.

Para acabar, hace tiempo que desde distintas latitudes vienen advirtiendo sobre los cambios en el abordaje de la problemática del control del delito (Christie, 1993; Young, 2003; Pavarini, 2006; Garland, 2005; Wacquant, 2001 y 2004; Sozzo, 2007), o, lo que es lo mismo, que nuevas fuerzas quieren dominar esta cuestión; fuerzas que luchan unas contra otras, que se entrelazan y tratan de imponerse para lograr que dicho objeto ostente su valor y su sentido. Y justamente el encarcelamiento preventivo podría ser uno de los caballos de batalla para las mutaciones de estas políticas penales. “El cambio más significativo en el campo del control del delito no es la transformación de las instituciones de la justicia penal, sino el desarrollo, de forma paralela a estas instituciones, de una forma muy distinta de regular al delito y a los delincuentes. Más allá de la policía y la penalidad ha crecido un tercer sector <gubernamental>: el nuevo aparato de prevención y seguridad”²⁷ (Garland,

²⁶ La PP, como todo fenómeno social, sólo puede comenzar a explicarse por la sucesión de fuerzas y voluntades que se han apoderado y se apoderan de ella, además de todas las potencias que conviven para otorgarle “su” sentido. Como consecuencia de esto, y para analizar elementos tan diversos, se requiere estar abastecido de herramientas también heterogéneas (Nietzsche, 1999: §36).

²⁷ En realidad, Garland considera que este sector “ocupa una posición intermedia, fronteriza, suspendida entre el Estado y la sociedad civil, conectando los organismos de justicia penal con las actividades de los ciudadanos, las comunidades y las corporaciones”. A su vez, este último alteró la conformación del campo del control del delito, ya que fue asumiendo paulatinamente cada vez más importancia en las discusiones sobre el tema (2005: 280).

2005: 279). Aunque cuando Garland habla del *aparato de prevención* no esté pensando en una medida del proceso como la PP, nos parece sugestiva la analogía. Será importante entonces definir si realmente han existido cambios en la utilización de esta medida cautelar en los últimos años para de esa manera poder ubicarla en un contexto más amplio, donde mutaciones políticas, económicas, culturales y sociales también tendrán su relevancia.

Así de complejo resulta ser un fenómeno que desde la ciencia del derecho se reduciría a la vulneración de una serie muy importante de principios y garantías. Pretendimos aquí confirmar que eso puede servir para generar encendidos debates hacia adentro del mundo jurídico, pero nada ofrece a la hora de procurar entender cómo esta práctica se ha transformado de hecho en la manera como el Estado ejercer su poder punitivo. Con este trabajo hemos comenzado a ensayar otra línea de investigación, dentro de la cual, la PP “es un tipo particular de respuesta, una adaptación particular a los problemas específicos de orden social generados por la organización social de la modernidad tardía” (Garland, 2005: 325). Nos resta ahora el quehacer más arduo: prosperar en esta senda.

Bibliografía

- H. Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 1999
- A. Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, Bs. As., 2004, 1º Ed.
- A. Baratta, *Criminología y sistema penal*, B de F, Bs. As., 2004
- A. Baratta y M. Silbernagl, *La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal*, en *Doctrina Penal* N° 32, Depalma, Bs. As., 1985
- R. Bergalli, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003
- R. Bergalli, *La estructura judicial en América Latina*, en *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 2004, p. XXI a LXIV
- P. Bourdieu y L. Wacquant, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Siglo XXI, Bs. As., 2005
- P. Bourdieu, *Intelectuales, política y poder*, Eudeba, Bs. As., 2004
- P. Bourdieu, *Razones prácticas*, Anagrama, Barcelona, 1997
- P. Bourdieu, *Poder, derecho y clase social*, Desclée, Bilbao, 2001
- P. Bourdieu, *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*, Taurus, Madrid, 1991
- P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del derecho*, Siglo del hombre, Bogotá, 2000
- A. Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Del puerto, Bs. As., 1998

- A. Bovino, *Contra la inocencia*, en www.derechopenalonline.com.ar
- S. Cabrera, *Pena y prisión preventiva*, Urbe et ius, Año I, NEWSLETTER Nro. 6 OTOÑO MMV
- J. Cafferata Nores, *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Bs. As., 1992
- E. Canetti, *Masa y poder*, Muchnik, Barcelona, 1994
- E. Carranza, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y su comparación con los países de Europa*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, 1999, N° 16, p. 81-88
- E. Carranza, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Siglo XXI, México, 2001
- P. Clastres, *Investigaciones en antropología política*, Gedisa, Barcelona, 2001
- N. Christie, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993
- R. Cotterrell, *Introducción a la sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991
- G. Deleuze y F. Guattari, *¿Qué es la filosofía?*, Anagrama, Barcelona, 2005
- G. Deleuze, *Dos regímenes de locos*, Pre-Textos, Valencia, 2007
- E. Díaz, *Sociología jurídica y concepción normativa del derecho*, disponible en www.cepc.es, p. 75-103
- E. Durkheim, *Dos leyes de la evolución penal*, en Revista Delito y Sociedad, N°13, 1999, pp. 71-90
- E. Durkheim, *Las reglas del método sociológico*, Hyspamerica, Madrid, 1982
- E. Durkheim, *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004
- E. Durkheim, *La educación moral*, Losada, Bs. As., 1997, 2° Ed.
- M. Feeley, *Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial*, en Delito y Sociedad N° 26, 2008, p. 19-36
- L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1989
- M. Foucault, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992
- M. Foucault, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Bs. As., 2002, 1° Ed.
- F. Fucito, *Sociología del Derecho*, Ed. Universidad, Bs. As., 1993
- D. Garland, *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005
- D. Garland, *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006, 2° Ed.
- D. Garland, *Las contradicciones de la sociedad punitiva: el caso británico*, en Delito y Sociedad N° 22, 2006b, p. 93-111
- S. Gayol y G. Kessler, *Violencias, delitos y justicias*, Manantial, Bs. As., 2002
- C. Geertz, *Observando el Islam*, Paidós, Bs. As., 1994
- E. Kreplak, *Prisión preventiva como regla de funcionamiento del sistema punitivo. La excepción como regla y la clandestinidad del derecho*, I Congreso Federal de Justicia Penal (U.B.A.), 2007
- J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino 1a*, Hammurabi, Bs. As., 1989
- J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino 1b*, Hammurabi, Bs. As., 1989

- J. Martínez, *Las burocracias penales y su violencia naturalizada*, en *Violencias, delitos y justicias*, Manantial, Bs. As., 2002, p. 259-274
- M. Mauss, *Ensayo sobre los dones. Motivo y forma del cambio en las sociedades primitivas*, en *Sociología y antropología*, Tecnos, Bs. As., 1979
- F. Nietzsche, *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 1998
- F. Nietzsche, *Más allá del bien y del mal*, Edicomunicación, Barcelona, 1999
- F. Nietzsche, *Humano, demasiado humano*, Gradifco, Bs. As., 2005
- D. Pastor, *El encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Desalma, Bs. As., 1993
- M. Pavarini, *Control y dominación, Siglo XXI*, Bs. As., 2003
- M. Pavarini, *Un arte abyecto*, AD-HOC, Bs. As., 2006
- J. Pratt, *Castigo y civilización*, Gedisa, Barcelona, 2006
- J. Pratt, *El castigo emotivo y ostentoso: su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna*, en *Delito y Sociedad* N° 22, 2006b, p. 33-56
- I. Rivera Beiras, *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Anthropos, Barcelona, 2004
- G. Rusche y O. Kirchheimer, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 2004
- M. J. Sarra bayrouse, *La justicia penal y los universos coexistentes*, en *Burocracias y violencia*, Antropofagia, Bs. As., 2004, p. 203-238
- M. Sozzo, *Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina*, en *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, Bs. As., 2007
- I. Taylor, P. Walton y J. Young, *La nueva criminología*, Amorrortu, Bs. As., 2001
- I. Tedesco, *El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland*, Anthropos, Barcelona, 2004, pp. 231-249
- S. Tiscornia, *Burocracias y violencia*, Antropofagia, Bs. As., 2004
- S. Van Den Dooren, *La "pena" (medida) propia del estado de control de los peligrosos. Un ensayo sobre la función política de la prisión preventiva*, disponible en www.derechopenalonline.com.ar
- D. Vaughan, *Criminología y sociología de las organizaciones*, en *Delito y Sociedad* N° 24, 2007, p. 7-25
- L. Wacquant, *Parias urbanos*, Manantial, Bs. As., 2001
- L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Bs. As., 2004
- M. Weber, *Economía y sociedad* (1° vol), FCE, México, 1969
- J. Young, *La sociedad excluyente*, Sage, Londres, 2003