

¿ES ADMISIBLE LA CONCEPCIÓN DE UN SISTEMA CONTRAVENCIONAL QUE PRESENTE UN CUADRO DEBILITADO DE GARANTÍAS?

Maximiliano Rusconi¹.

Nicolás Laino².

I. La importancia del control contravencional en la planificación vital de la comunidad.

En primer lugar, debemos felicitar a las autoridades de esta hermosa provincia por el esfuerzo que significa el realizar este tipo de encuentros y, sobre todo, por el compromiso cívico que implica el estar dispuestos a debatir con amplitud un tema de tanta trascendencia como la forma en que deben establecerse los mecanismos de control ciudadano que permitan, en última instancia, el establecimiento de una red social que nos asegure la paz comunitaria. Ojalá estemos a la altura de las circunstancias con el sencillo objetivo de que compartiendo estas reflexiones podamos generar un rico intercambio de ideas.

Es sabido por todos que, en las últimas tres décadas la ciencia penal, en particular en América Latina, ha destinado una enorme cantidad de sus reflexiones a instalar la necesidad de una transformación del sistema penal.

Es indudable que el dato más preocupante se ha relacionado siempre con la débil o nula manifestación de algunas de las garantías constitucionales más importantes en el ámbito del sistema de enjuiciamiento y del sistema penal en general. El hecho fácilmente demostrable de que el programa de las garantías se encuentre preocupantemente inconcluso siempre nos ha llamado a la reflexión.

Un sencillo y francamente superficial recorrido por el sendero conceptual de las garantías del sistema penal nos debe dejar, indudablemente, una sensación amarga.

Cualquier diagnóstico nos ha demostrado ya de modo endémico que ha sido muy difícil que los sistemas de justicia penal respeten si quiera mínimamente las garantías individuales más básicas.

Semejante cuadro, no puede ser admitido por el jurista comprometido, salvo que se esté de acuerdo con el desarrollo ya no gradual de un proceso de desnaturalización normativa del sistema de enjuiciamiento que le hará perder toda base de legitimación jurídica. Por lo menos no es posible referirse al sistema de enjuiciamiento ya como reglamento de garantías, si ninguna adquiere real vigencia³.

A lo recién expuesto, se han sumado ciertos datos críticos que forman parte del patrimonio que ostentan los juristas más o menos comprometidos y que han sido parte del legado más trascendente de la denominada *criminología crítica*.

Nuestro sistema penal, por lo menos el conocido, ha sido, es y, lamentablemente, seguirá siendo: selectivo.

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto regular de Derecho Penal (UBA).

² Docente del Master en Derecho de la Universidad de Palermo.

³ LA CUESTIÓN HA ESTADO CORRECTAMENTE DESCRIPTA POR ALBERTO BOVINO: "EL PANORAMA DE VIOLACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS ES, EN ESTE CONTEXTO, EL PROBLEMA MÁS GRAVE, ESPECIALMENTE SI TENEMOS EN CUENTA LAS CONSECUENCIAS CONCRETAS QUE PRODUCEN LAS PRÁCTICAS ARBITRARIAS E INJUSTAS DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA PENAL...RESULTA EVIDENTE QUE LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA INQUISITIVO (REFORMADO O NO) DEFINEN UN PROCEDIMIENTO PENAL QUE SE OPONE, DESCONOCE O VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN NUESTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS POSITIVOS". BOVINO, ALBERTO, "PROBLEMAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Es por ello que se han multiplicado los Programas de Reforma Integral del Sistema Penal, en casi todos los países de América y, en lo que respecta en particular a los modelos procesales, de ello se ha tratado en la mayor parte de las Provincias de nuestro querido país.

En este sentido, se ha procurado siempre lograr **una justicia penal eficiente y garantista**: sin embargo, no se ha tratado de eficiencia y garantías como objetivos legitimantes que están funcionando de modo contradictorio, sino que se trata siempre del respeto a las normas; cada vez que funciona el Sistema Penal intentando condenar a alguien por la comisión de un ilícito, se está afirmando la vigencia de una norma, pero en particular aquellas normas que están dirigidas al destinatario institucional; cuando se dice que los sistemas de persecución penal deben funcionar respetando las garantías individuales, lo que se quiere es que esos sistemas respeten las normas constitucionales y tratados internacionales que regulan su actuación legítima; por lo tanto, de ese modo se es eficiente en la persecución del ilícito y se es también eficiente en el respeto a las normas que legitiman esa persecución. Se ha tratado siempre, también, de reflejar un **modelo de organización del poder** que se independice del diseño inquisitivo y consiga acercarse a los postulados iluministas que generalmente han ostentado todas las constituciones de la región.

Llamativamente nuestros textos constitucionales responden a modelos de organización del poder que expresan las aspiraciones del modelo republicano –bajo las formas del proceso cultural nacido casi contemporáneamente al desarrollo de las ideas iluministas. Al mismo tiempo, todas nuestras legislaciones procesales han estado demasiado influidas por la legislación inquisitiva española.

De esta manera, se trata de lograr así la implementación de un Sistema de Administración de Justicia cuya fuente de legitimación sea la propia comunidad y que debe ver colmadas todas las expectativas sobre el funcionamiento de la administración de justicia penal.

Se trata, en definitiva, del intento de estructurar un sistema de resolución de conflictos que signifique una ventaja social, ahora bien, *¿Qué significa esto?*: que una vez que interviene la justicia penal, lo que debemos preguntarnos es si su intervención ha significado una ventaja social frente a la hipótesis de la no existencia del sistema de resolución de conflictos que promueve el Sistema de Justicia Penal, y que existan parámetros similares desde el punto de vista ético entre el montaje del sistema penal, por un lado, y las expectativas éticas de la comunidad o del tejido social, por el otro.

De eso se ha tratado hasta ahora y de eso se han ocupado académicos, jueces, fiscales, defensores, legisladores, etc, etc.

Pero nos debe llamar la atención que los trabajos de reforma, mejora o transformación, no se han ocupado con idéntica intensidad de dos o tres dimensiones que han quedado en parte olvidadas y que, a no dudarlo, impactan en la calidad de vida de nuestros compatriotas de modo sensible. **Ello es notable en el trabajo de las instancias policiales y del sistema contravencional**, así como del sistema penitenciario. Se trata de ámbitos que se expresan con los máximos niveles de violencia institucional e impactan, en particular el primero, en la vida de nuestros semejantes del modo más intenso. Sin embargo, son pocas las ideas y propuestas que se han producido para estas instancias en los últimos 20 años.

II. El sub-sistema contravencional como la reserva peligrosista y autoritaria del sistema penal.

Que ya entrados en el siglo XXI, nuestros semejantes deban convivir con sistemas contravencionales insostenibles ética, jurídica y políticamente, debe ser puesto como una de las grandes deudas que la clases políticas y que los propios sectores del poder tienen para con cada uno de los ciudadanos que habitamos las ciudades, desde la más grande de las urbes hasta el pueblo más pequeño.

Es por ello que, en esta ocasión comenzaremos por describir la situación de riesgo ético social por la que atraviesa el sistema contravencional en general como medio de control de la sociedad.

En seguida recordaremos la trascendencia que tiene para la vida cotidiana de la gente que el sistema contravencional sea presentado como acreedor de un *minus* de garantías frente a las ya consagradas, por lo menos en el discurso, para el sistema penal.

Ello para pasar a establecer, como eje de nuestras discusiones y análisis posteriores, el estándar básico de principios fundamentales de los cuales cualquier regulación de régimen contravencional no podrá ya nunca más prescindir. En este sentido haremos cierto paneo comparativo con la regulación actual, francamente criticable, que ofrece el Código Contravencional que rige en esta Provincia.

Por último, concluiremos, desde una visión sociológica un poco más amplia, dejando expresa mención de cuáles son los riesgos fundamentales que debemos evitar.

Pues bien, unas de las tendencias más nocivas que presentan los sistemas contravencionales que se han alejado para siempre del Estado de Derecho, y de la cual no prescinde lamentablemente el Código Contravencional de Jujuy, es el otorgarle un protagonismo desmedido a la instancia policial.

En este sentido, es preciso recordar algunos extremos que atañen a esta institución.

Debemos tener en cuenta algunas advertencias. Cada uno de nosotros hemos vivido la aparición cada cierto tiempo de los discursos de emergencia, que funcionan, asimismo, sobre la base de un diagnóstico de emergencia. Se crea entonces el diagnóstico de emergencia, después se consigue que los medios de comunicación reproduzcan y multipliquen esa situación de emergencia empleada demagógicamente por los gobernantes de turno y, generalmente, se logran respuestas de la sociedad que responden a esa emergencia.

Uno de los efectos más nítidos que tienen siempre los discursos de emergencia es el de aumentar la capacidad de poder que tiene la agencia policial.

Ahora bien, como hemos dicho, en los últimos quince años se han encarado procesos de reforma en todos los países de la región y se han producido infinidad de reflexiones y se han escrito miles y miles de páginas sobre la reforma procesal, involucrando a miles y miles de protagonistas en esta discusión sobre la reforma de la justicia penal en América Latina; sin embargo, el tema de la policía ha quedado un poco desplazado y no se advierte una voluntad de diagnosticar correctamente sobre la realidad institucional de la instancia policial. Por ello, no ha sido fácil producir una reforma político-criminalmente coherente sobre este segmento del sistema penal.

Sin que se pierda de vista que, por lo menos en esta instancia cultural todo modelo social y de estado moderno requiere de una Policía eficiente, es posible pensar que la agencia policial, en todo el mundo, es la que tiene más riesgos estructurales de actuación ilegítima:

En primer lugar, la agencia policial es la primera reacción estatal frente al ilícito. Hay un contacto directo por ser la primera reacción y la más cercana, temporal y geográficamente, a la infracción. Hay, en este sentido, un contacto directo con las libertades fundamentales, y en ello reside el primer paradigma, el primer riesgo estructural de una actuación posiblemente ilegítima o éticamente desbordada.

Por otro lado, y ello es francamente inevitable, la instancia policial representa a una agencia que ejerce en forma cotidiana la violencia, más allá de la legitimidad o de la ilegitimidad de su actuación; se trata de una agencia que se organiza alrededor del ejercicio cotidiano de la violencia, es por ello que, obviamente, tiene una situación de riesgo mucho mayor que otras agencias que no administran violencia directa.

Por otro lado, la agencia policial tiene una ausencia nítida de un efectivo control inmediato sobre su funcionamiento. En el momento que actúa la policía, ya sea en su función preventiva (que es represiva), y (luego) de investigación, no tiene, a decir verdad, ningún tipo de control contemporáneo. Existe, sí, un control posterior, pero en el momento que se necesita ese control paralelo, ése que el ciudadano reclama a veces cuando hay violencia, se actúa de un modo institucional en el cual se carece de control externo inmediato.

En muchas ocasiones, y por estos riesgos, la actuación policial implica una especie de derecho penal paralelo: nos preocupamos por discutir las garantías constitucionales en el proceso penal, por discutir la orientación que tiene que tener

el sistema de justicia penal, etc, pero no nos damos cuenta que la violencia cotidiana pasa por otro lado, porque los casos que ingresan al sistema, según las estadísticas que en este caso son más o menos uniformes, no son más que el 25 % de los

hechos ilícitos. Hay un 75% de cifra negra de la criminalidad; de infracciones no conocidas por el sistema, pero que no significa que no se ejerza violencia sobre tales casos. Nos preocupamos a menudo por esta discusión sobre garantías y eficiencia en el ámbito de la justicia penal, pero esa es una discusión que reposa en un universo que no supera –con suerte– el 25% de los hechos ilícitos de un país, pero ¿qué pasa con el 75% en el que rige un derecho penal paralelo?.

Al mismo tiempo, por propias definiciones institucionales, la instancia policial tiene el monopolio del contacto con la comunidad. Tradicionalmente es la cara del sistema penal frente a la comunidad. La comunidad no sabe bien cuál es la función concreta de un juez o de un fiscal, pero sí sabe cuál es la función de un policía; y este monopolio del contacto con la comunidad implica un enorme poder.

La instancia policial tiende a actuar selectivamente y esto casi es una descripción sociológica que no requiere demostración. Las hipótesis de conflicto de la actuación policial reflejan siempre los mismos comportamientos antisistémicos de las clases vulnerables. Si se hace un relevamiento de los casos que ingresan al sistema de justicia penal por los destacamentos policiales o por las comisarías, son siempre los mismos casos: las grandes estafas no ingresan por comisaría. El funcionamiento de la actividad policial siempre se basa en la hipótesis del conflicto del sujeto peligroso y esta selectividad de la actividad policial, muchas veces, no coincide con la selectividad que tiene el propio sistema de justicia, incluso manifestada a través de principios como el de oportunidad. Hay una dicotomía entre la selectividad de la actuación policial que tiene que ver con el concepto de seguridad ciudadana, y la selectividad propia de los sistemas de justicia. No se siguen los mismos parámetros, y esto es una contradicción muy clara desde el punto de vista político criminal.

Hay, por otro lado, una promiscuidad funcional en todas las agencias policiales de la región entre lo que es una actividad de investigación y una actividad preventiva y, en muchas ocasiones, el ejercicio de violencia sobre la actividad preventiva en general, se traslada a la actividad de investigación, lesionando las garantías individuales desde las primeras etapas del proceso.

El último paradigma o riesgo estructural de una actuación ilegítima de la policía tiene que ver con el paradigma del Estado Peligroso. Los juristas más o menos comprometidos con la Reforma de la Administración de Justicia de América Latina, desde hace bastantes años que venimos festejando la muerte de lo que se llamó el Derecho Penal de autor en el ámbito del derecho penal tradicional, festejamos el abandono del paradigma peligrosista, festejamos el desprendimiento de aquellas leyes de vagos y maleantes de la legislación española que tanta influencia tuvieron en América Latina; pero mientras que festejábamos el abandono del paradigma del Estado Peligroso en el Derecho Penal tradicional, se nos introducía por la ventana trasera, el paradigma del Estado Peligroso en la actuación preventiva de la Policía. **En particular, hay que decirlo, el fantasma del peligrosismo campea alegremente en la legislación contravencional que rige en esta Provincia.** Hoy las agencias policiales funcionan sin lugar a dudas con el paradigma del estado peligroso, no se esperan muchas veces acciones delictivas, se juzgan estados de peligro; una agencia que funciona bajo estos parámetros es una agencia que tiene un riesgo innato de actuación ilegítima.

III. El impacto comunitario de las lesiones de garantías en el subsistema contravencional.

Cuando pensamos en el sistema contravencional normalmente estamos pensando en el control de las pequeñas infracciones, a través de un sistema normativo que establece, y de allí también su importancia, las condiciones sustantivas (las faltas), procesales (el sistema de juzgamiento) y orgánicas (los responsables de aplicar la ley) para la aplicación de una sanción de modo legítimo, cuando ella deba seguir a una infracción.

Existe el mito de que al tratarse el contravencional de un sistema que distribuye castigo de baja intensidad, puede prescindir del plexo de garantías que normalmente, desde el mismo paradigma Iluminista, nuestra cultura establece para la aplicación de castigo penal. Nada de esto es cierto.

En primer lugar, más allá de que quizá sea posible compartir la idea de que las penas del derecho contravencional son menos graves –al menos en algunos casos- que las penas del derecho penal tradicional, ello no puede ocultar que el sistema

contravencional es aquel mecanismo de control que de modo más frecuente, estable y condicionante, interviene en la vida cotidiana de la comunidad, de cada ciudadano.

Ello es así, hasta el punto de que sería razonable proponer la regla de que cuando un sistema de control formalizado y punitivo tenga mayor contacto con la comunidad y de modo más usual, en estos casos, no sólo no debería aceptarse que exista ningún minus de garantías, sino que, en verdad, el sistema de garantías debería ser mucho más sofisticado, preciso y contundente. A mayor exposición del ciudadano, mayor limitación del poder punitivo.

IV. Los Principios fundamentales básicos del subsistema contravencional en el marco del Estado de Derecho.

Ahora bien, ¿cuáles deberían ser aquellos principios fundamentales de los cuales ningún sistema contravencional no debería prescindir para poder pasar exitosamente el test de constitucionalidad en un Estado de Derecho? Aquí, como es evidente, sólo podremos elegir algunos extremos, de modo quizá arbitrario, pero que servirán, posiblemente y al mismo tiempo, para remarcar los verdaderos problemas de legitimidad que posee el sistema contravencional de esta Provincia y que gracias al esfuerzo y el compromiso de todos ustedes, se encuentra hoy en observación.

En primer lugar el sistema contravencional debe reglar los extremos que se deben recorrer por parte de los funcionarios actuantes a efectos de estipular las faltas y las sanciones. Se trata de definir el proceso y estipular las reglas que lo rigen.

Es inadmisibles, por ejemplo, una norma como la del Art. 28º del Código vigente que establece que: *“Practicadas las diligencias sumariales el funcionario actuante **dejará constancia fundada de si resulta o no probada la falta, con indicación de fecha, hora, lugar y pena o absolución y notificará de ella al inculpado, dándole 24 horas para que haga el descargo correspondiente**”*. Ahora bien, ¿de qué modo y bajo que criterios de valoración probatoria se podrá establecer como probada una falta? Nada de esto se establece, dejando ámbitos de discrecionalidad inadmisibles.

Todo sistema contravencional debe respetar una regla básica de los sistemas de enjuiciamiento a la hora de probar su legitimidad, incluso a la luz de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos que, en nuestro país, ya son derecho interno: la incoercibilidad del imputado como órgano y fuente de prueba.

Es inadmisibles, por ejemplo, que frente a la simple confesión del inculpado, baste con la declaración del funcionario policial que hizo el procedimiento, como de modo expreso lo establece el sistema vigente.

Todo modelo de control contravencional, debe establecer la ***intangibilidad de la moral interna del ciudadano*** como parámetro de funcionamiento del sistema cautelar o sancionatorio. Es inadmisibles en este sentido que, por ejemplo, el Art. 32º estipule que cuando se deba cumplir el arresto impuesto, se establezca que *“Si es mujer de reconocida moralidad.. será detenida en su domicilio, en caso contrario cumplirá el arresto en el “Buen Pastor” (cárcel de mujeres de Jujuy).*

Se imponen algunas preguntas acerca de qué sucede con la mujeres de moralidad pero no reconocida, es decir, desconocida. O de inmoralidad reconocida. Más allá de las ironías, semejante regla es insostenible.

El derecho contravencional de acto se debe encontrar regido por el ***principio de culpabilidad*** y ello implica, claramente, el abandono del derecho penal de autor: Es por ello que no se comprende la vigencia de una norma que establezca como sucede en el Código Jujeno que: **A los contraventores catalogados como “L.C.” peligrosos o “caftens” y vagos habituales que registren antecedente judicial o policial, no les será admisible la multa.-**

O los resabios de las viejas leyes de vagos y maleantes, que daban alegría a los positivistas más extremos de comienzos del siglo XX y que aparecen con vitalidad en el

CAPITULO XIX “De la vagancia y mendicidad”.-

57º.- Será reprimido con multa de 50 a 150 pesos m/n o con arresto de 10 a 30 días:

1°.- El que teniendo aptitud para el trabajo u otros medios de subsistencia, sin estar comprendidos en las disposiciones del Código Penal, se hicieren mantener, aunque sea ocasionalmente por una mujer, ya sea explotando su ganancia como prostituta,

como empleada o sirvienta de cualquier casa de comercio o particular, con o sin su consentimiento.-

2°.- Los sujetos sin ocupación que vivieren con prostitutas o se hallaren habitualmente en su compañía.-

3°.- Los sujetos sin ocupación conocida que se hallaren habitualmente en los “cabarets”, bares, cafés, confiterías, bailes públicos, kermeses, parques de diversión, restaurantes u hoteles.-

4°.- Los vagos habituales.-

5°.- Los sujetos que simulando la venta de objetos baratijas, se hallaren habitualmente en los lugares especificados en el inc.3°.-

6°.- Los que dieren albergue, por cualquier título que fuere, a hombres o mujeres vagos habituales, profesionales del delito, prostitutas o simuladores del comercio.-

7°.- Las prostitutas, vagas habituales o profesionales del delito que habitualmente sean vistas en los bailes públicos, kermeses, parques de diversión, restaurantes u hoteles y demás casas de hospedaje.-

8°.- Las personas conocidas como “carteristas” y demás profesionales del delito, vagos o prostitutas que se encuentren merodeando por las estaciones ferroviarias deservivios

de ómnibus, bancos, teatros, hoteles o cualquier otro lugar de reunión pública, sin causa que lo justifique.-

9°.- Los vagos, profesionales del delito y prostitutas que fueran sorprendidos en actitud sospechosa después de las 24 horas y sin causa que lo justifique.-

Hoy podríamos admitir que la vagancia, habitual o no, no sea quizá un buen ejemplo familiar ni social, pero no posee entidad de falta o ilícito. Algo similar sucede con las alusiones a los merodeos, a la ausencia de ocupación conocida, etc. Ello no sería admisible en el Derecho Penal, no tiene que serlo entonces en el Sistema contravencional.

Todo modelo de control, incluido el contravencional, debe respetar la llamada **división de poderes** y la **independencia del juzgador**. Ello no se encuentra respetado cuando el Art. 37º afirma que: *El juzgamiento de las infracciones de esta Ley corresponde al Jefe de Policía*. Ya hemos afirmado los riesgos que de modo innato posee la instancia policial de una actuación ilegítima, ello se potencia cuando se le otorga un sistema de control de conductas en su totalidad y bajo su absoluta discrecionalidad.

Asimismo, todo sistema sancionatorio debe respetar la idea garantista de **control judicial suficiente de las decisiones y del doble conforme**. Ello no se asegura, sino que se lo lesiona cuando se establece como control un llamativo triple conforme policial asegurado en el marco de la institución. Veamos, el Art. 41 establece que: *Los fallos de los Comisarios o Sub Comisarios de los Distritos son apelables para ante los Comisarios Departamentales, los de estos para ante el Jefe de Policía y los de éste, (y recién allí) serán apelables para ante el Juez en lo Criminal y Correccional en Turno, (pero siempre) al solo efecto devolutivo*.-

Ningún sistema contravencional debe establecer como modelo legislativo la definición como típicas de acciones privadas que se encuentran exentas de control judicial en un estado de derecho: Ello se lesiona cuando puede leerse que son pasibles de sanción las mujeres de vida licenciosa o personas de su servidumbre que desde su domicilio inciten a alguien a penetrar en sus habitaciones y se exhiban en público en forma inmoral o deshonesto.

Estos son sólo algunos de los ejemplos que queríamos resaltar, aunque existen una innumerable cantidad de exigencias constitucionales que deben estar presentes en el sistema contravencional que pretenda respetar el estado de derecho y que remiten a la garantía del derecho de defensa, al principio de oportunidad contravencional, a la posibilidad de instalar modelos de mediación entre infractor y víctima, etc, etc, pero que por razones de tiempo ya no podemos aquí desarrollar.

V. **Una conclusión de enfoque social: el desafío de evitar que el sistema contravencional se transforme en un método de control sistémico de una sociedad excluyente**

Las consideraciones que volcaremos en el presente apartado, deben ser entendidas como un mero esbozo —abandonando cualquier pretensión de exhaustividad en una discusión que, por lo demás, resulta inabarcable— de algunas ideas de los

autores con relación a la vinculación del fenómeno contravencional —y su utilización como sistema de control sobre ciertos sectores de la población—, con determinadas teorías sociológicas y criminológicas que se han venido desarrollando, en particular en las últimas dos o tres décadas.

En concreto, lo que postulamos, es que a la luz de los cambios paradigmáticos que se han venido produciendo en las sociedades occidentales durante los últimos lustros —en lo que puede considerarse como un verdadero *giro copernicano* en el modo de entender a la sociedad y a los problemas que en su seno se suscitan—, necesariamente ello ha devenido en la adopción de políticas criminales disociadoras y excluyentes.

Pero, antes de adentrarnos en el nudo de la cuestión, no podemos dejar de hacer una aclaración: lo que en estas líneas queremos transmitir, respecto de estos modernos desarrollos provenientes de la *sociología del control* (Baratta, 1986) y su posible relación con el fenómeno contravencional, se refiere no tanto a su vinculación con este último en la fase de producción legislativa (*criminalización primaria*) —de la cual, y el presente trabajo es testigo de ello, somos absolutamente críticos—, sino en una etapa posterior; la de la *criminalización secundaria* (actuación policial de prevención y represión).

Es decir, y para poner en claro la salvedad que pretendemos realizar, la tesis que aquí esbozamos, que podría resumirse en la afirmación de que en la *modernidad tardía* (Giddens, 1990) se ha venido produciendo, gradual, aunque no moderadamente, una creciente represivización de los mecanismos de control social en manos del estado, represivización que ha alentado la adopción por parte de los gobiernos, de políticas criminales basadas en los conceptos de *riesgo* y de *peligro*⁴, políticas en cuyo ámbito puede, a nuestro entender, explicarse la **creciente expansión del control social mediante el sistema contravencional**. Esta tesis pues —decimos— hace alusión al fenómeno contravencional en su faz operativa, avalados —y motivados— en esto por las preocupantes y crecientes cifras estadísticas que denotan tan alarmante tendencia expansiva en los últimos años. Al nivel legislativo, si bien es objeto de severas críticas por quienes suscribimos, no deben sin más extenderse las presentes apreciaciones, en tanto gran parte de la legislación contravencional vigente, en muchas provincias del país, y como sucede aquí en Jujuy, consiste en normas de muy antigua data, de las cuales difícilmente pueda predicarse que sean traducción “local” de un fenómeno sociológico de carácter más amplio y global operado en las últimas dos o tres décadas.

En concreto, y efectuada esta aclaración, un buen número de teóricos de la sociedad, han postulado que estamos siendo testigos, desde hace unos veinte o treinta años hasta nuestros días, de un cambio radical en la lógica que informa nuestros modos de vida, nuestra manera de interrelacionarnos y de interactuar con los otros.

Así, se han acuñado denominaciones tales como *“modernidad superior o tardía”* (Giddens, 1990), *“modernidad reflexiva”* (Beck, 1998), *“hipermodernidad”* (Lipovetsky, 2006), *“postmodernidad”* (Lyotard, 1994), o *“sociedad del riesgo”* (Beck, 1998).

⁴ NIKLAS LUHMANN (1991), ESTABLECE LA DIFERENCIA ENTRE *RIESGO* Y *PELIGRO* EN LA OPOSICIÓN ENTRE EL QUE DECIDE Y EL QUE SUFRE LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN AJENA. “SE HABLA DE *RIESGOS* CUANDO LOS DAÑOS FUTUROS OBEDECEN A LA DECISIÓN TOMADA POR UNO MISMO. QUIEN NO VIAJA EN AVIÓN JAMÁS PUEDE ESTRELLARSE. POR *PELIGROS* SE ENTIENDE LOS DAÑOS QUE SOBRE UNO RECAEN DESDE EL EXTERIOR. POR EJEMPLO, LOS DESPERFECTOS DE UN AVIÓN ACCIDENTADO CAEN SOBRE UN SUJETO PRODUCIÉNDOLE LA MUERTE. PELIGROS CONOCIDOS –TERREMOTOS Y ERUPCIONES VOLCÁNICAS, PARACAIDISMO Y MATRIMONIOS- DEVIENEN RIESGOS EN LA MEDIDA EN QUE SE LES PUEDE SUSPENDER EVITANDO DETERMINADAS DECISIONES. PERO CON ESTO SÓLO SE ESCLARECE LA MITAD DEL HECHO. YA QUE CON LAS DECISIONES SE INCREMENTAN TAMBIÉN LOS PELIGROS Y BAJO LA FORMA DE PELIGROS QUE PARTEN DE LAS DECISIONES AJENAS. LO QUE PARA UNO ES *RIESGO*, PARA EL OTRO ES *PELIGRO*. (LUHMANN, 1991, PPS.

Si bien no es momento este para adentrarnos en el análisis de lo que cada uno de estos autores abarca en tales categorías, así como tampoco para desarrollar el gran número de críticas que se han dirigido —en muchos casos certeramente— contra estas elaboraciones, lo cierto es que marcan éstos una serie de cambios que habrían operado en las sociedades post-industriales en que vivimos, en esta *era de la información* (Castells, 1999), marcada por el fenómeno de la globalización, que han implicado verdaderas y sustanciales mutaciones en los modos de comprender y de abordar la vida en sociedad.

Con la ruptura del modelo de la *sociedad industrial*, organizada sobre la base del método de producción *fordista*, donde los vínculos sociales eran estrechos y existía una cercanía o proximidad con el *otro*, a partir del quiebre que sufren las principales economías mundiales tras la crisis energético-económica de 1973-1974, lo que emerge son sociedades en las que la *contingencia* y la *indeterminación*, pasan a gobernar las relaciones interpersonales.

La idea de *riesgo*, asume así un rol de gran preponderancia⁵ en la sociedad *tardomoderna*. Estos riesgos “fabricados” por el hombre (*manufactured risks*⁶), se presentan como algo “calculado” y esencialmente imperceptible. Los riesgos que acechan a la postmodernidad son en su mayoría invisibles, lo cual trae consigo una obsesión por la “seguridad” (Lea, 2004).

Y como los *riesgos* son consustanciales a esta nueva sociedad, la clave estará en su gestión, la cual requerirá definirlos, a partir de un cálculo probabilístico, cálculo actuarial⁷ a partir del cual se los podrá prever y redistribuir.

De este modo, el “actuarialismo” o “gestión actuarial del riesgo” proliferará y se extenderá a numerosas áreas de estudio. La criminología no quedará exenta de tal influencia. Frente a la caída del *mito rehabilitador* que cundiera desde las postrimerías decimonónicas —en particular luego del Congreso Penitenciario de Cincinnati de 1870—, el “delincuente” dejará de ser considerado como un ser patológico necesitado de tratamiento o corrección, y la criminalidad pasará a ser entendida y gestionada como un *riesgo no erradicable*. La ideología empresarial invadirá la administración del Estado, y las políticas criminales pasarán a girar en torno al *manejo o control de poblaciones riesgosas*.

Tras el desmantelamiento de los Estados de Bienestar —allí donde éstos existieron—, la nueva *sociedad de mercado* promueve el delito a través del aumento significativo de la desigualdad mediante la generación de concentraciones destructivas de manifiesta privación económica, en lo que Currie (1998) ha definido como la institucionalización de una *cultura de la competencia darwinista*.

Así, las sociedades comenzarán a ver un amplio crecimiento de la marginalidad y la pobreza. Esta circunstancia, de por sí grave en los países desarrollados, tanto más exacerbadamente se presentará en los países del margen del poder mundial, como los de América Latina, en los cuales los niveles de pobreza y exclusión alcanzan niveles inimaginables⁸.

El contexto global hasta aquí descrito, dio pie a que las teorías criminológicas acuñadas en otros ámbitos socioculturales, verdaderas *criminologías de la intolerancia*, que M. Feeley y J. Simon rotularan como “*Nueva Penología*” (1992), fueran importadas ampliamente por numerosísimos países en el nivel planetario.

⁵ HACEMOS AQUÍ LA ACLARACIÓN, QUE NO COINCIDIMOS EN UN TODO CON LAS POSTULACIONES CATASTRÓFICAS COMO LA DE ULRICH BECK, QUIEN ACUÑÓ LA IDEA DE “SOCIEDAD DEL RIESGO”, Y CREEMOS QUE, SI BIEN EL RIESGO ASUMIÓ UN ROL MÁS PROTAGÓNICO EN LAS SOCIEDADES DE ESTA *MODERNIDAD TARDÍA*, ELLO DE NINGUNA MANERA LO HACE UN CONCEPTO PRIVATIVO DE NUESTROS TIEMPOS: TODAS LAS ÉPOCAS, EN MAYOR O MENOR MEDIDA, SE ENFRENTARON AL RIESGO, Y BUSCARON LOS MODOS DE REGULARLO.

⁶ IDEA ACUÑADA POR GIDDENS (1991).

⁷ SEGÚN EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “ACTUARIAL” SIGNIFICA “PERTENECIENTE O RELATIVO AL ACTUARIO DE SEGUROS O A SUS FUNCIONES”, ES DECIR, LO RELATIVO A LOS CÁLCULOS DE PROBABILIDAD ESTADÍSTICOS, MATEMÁTICOS Y FINANCIEROS VINCULADOS CON EL RÉGIMEN DE LOS SEGUROS.

⁸ RESULTA AQUÍ INTERESANTE LA IDEA DE *UNDERCLASS*, GIRO IDIOMÁTICO ANGLOSAJÓN, CON EL CUAL SE ALUDE A UN CRECIENTE NÚMERO DE PERSONAS VISTAS COMO POBLACIÓN PERMANENTEMENTE MARGINAL.

Según ha sostenido Jock Young (2003), estas nuevas teorías criminológicas arraigan en la imposibilidad de mantener los parámetros de vida absolutos que construyó la Modernidad social. El mundo social se fue convirtiendo en algo más diverso pero, sin embargo, se hizo más difícil, alentando la intolerancia y haciéndose más exclusivo. Este tipo de mundo requirió el desarrollo de nuevos modos de control social, ante el aumento de la diferencia y la dificultad. Captar la criminalidad de un mundo excluyente y proponer modos para controlarla constituyen los objetos de conocimiento de las nuevas teorías.

Estas tendencias, se ven claramente satisfechas por las *criminologías actuariales*, esencialmente calculadoras y evaluadoras del riesgo que supone la ubicación de cada persona en una graduatoria social.

Y, como no podía ser de otro modo, en esta *graduatoria social*, los *riesgosos* serán una vez más los pobres, los excluidos, los sin techo (¡cuando no!), y a ellos habrá que controlar, cueste lo que cueste.

Llegados a este punto, es donde se entrecruzan estas modernas tendencias sociológicas y criminológicas, con el fenómeno que en esta oportunidad nos convoca: el control social y la punición a través de la represión contravencional, se convierte en este contexto en una herramienta útil y funcional a esta actividad de jardinería social, tendiente a erradicar la maleza que afea nuestro paisaje ciudadano.

De esta manera, no solamente las normas están escritas de modo que ya desde el momento mismo de su creación (instancia de *criminalización primaria*) se dirigen a conductas (en caso que se exija una *conducta*, pues una buena parte de los tipos contravencionales no reprimen sino meros *estados o formas de ser*) que cometen, más que nadie, los excluidos del orden, los humillados y pisoteados. Sino que, asimismo y muy especialmente, en la instancia de *criminalización secundaria*, al efectuar los órganos policiales la *selección* de la materia prima a contravencionalizar, podemos corroborar estadísticamente que serán esas personas pobres y excluidas, las que resultarán fatalmente reprimidas por aplicación de la ley contravencional.

Los miembros de la *underclass*, ese segmento patológico de la sociedad que se perpetúa a sí mismo y que no es integrable en el todo, es también una *clase peligrosa*, no solamente por lo que cualquier miembro particular puede hacer o no hacer, sino más generalmente por su potencial colectivo de conductas desviadas. Es tratado como un grupo de alto riesgo que debe ser manejado para la protección del resto de la sociedad.

No desconocemos que gran parte de las teorías que hasta aquí hemos recorrido *a vuelo de pájaro*, han sido elaboradas teniendo a la vista los sistemas penales, y en concreto los pertenecientes a países angloparlantes del hemisferio norte.

Sin embargo, entendemos que ello no quita por sí solo validez a estas especulaciones, que como tales —y, desde ya, con todas sus limitaciones— deben ser interpretadas. Especulaciones que quizá puedan servirnos como un llamado de atención respecto de la incidencia del fenómeno contravencional en la vida cotidiana de los ciudadanos, acaso como vaticinio del riesgo de las tentaciones de eugenesia social que se importan de otros contextos socioculturales, encubiertas bajo los más diversos rostros.

El fenómeno contravencional puede ser, tal vez, una de las máscaras a través de las cuales se intentan filtrar tales tendencias autoritarias. Y he aquí, pues, la importancia de **fortalecer el sistema de garantías en este ámbito de actuación del poder penal del estado**, que bajo ningún punto de vista o excusa, pueden ser reducidas o acotadas. Hacerlo implicará, necesariamente, renunciar a la lucha por una comunidad menos excluyente y más homogénea e integradora que, de dicho modo, declararía su rendición ante el siempre acechante control social autoritario, listo para deglutir —de un momento a otro— las garantías elementales de un sistema penal propio de un estado social y democrático de derecho.

Muchas gracias.