

# Seguridad y Selectividad<sup>1</sup>

Alfredo Pérez Galimberti\*

**Sumario:** 1. Los huesos de dátil. 2. La seguridad civil y la seguridad social. Las inscripciones de la cultura. 3. Sociedad de riesgos. El poder del Estado. 4. El Estado, el riesgo, y la criminología actuarial. 5. Globalidad y políticas públicas en América Latina: La reforma judicial y las versiones en competencia del Estado de Derecho. 6. Control de la selectividad. Legalidad y oportunidad. 7. Mínima intervención, resolución alternativa de conflictos e impunidad.

## 1. Los huesos de dátil

En la primera de las mil y una noches, Sarhazad le cuenta esta historia al sultán Suriyar:

*Había una vez un rico comerciante que, fatigado por la jornada, descabalgó y se sentó a descansar en un oasis; para reconfortarse se puso a comer pan y dátiles, arrojando luego los huesos mondos sobre el hombro izquierdo. Pensaba, entonces, cómo vendería su mercadería, y qué haría con sus ganancias. De pronto se apareció frente a él un enorme y horrible ifrit -un genio maligno- que lleno de ira lo acusó de haber dado muerte a su hijo.*

*- El era de naturaleza sutil -le dijo- y le has dado muerte golpeándolo en el pecho con los huesos de dátil que arrojabas sobre tu hombro. Ahora yo te mataré a ti. El comerciante le pidió un año de gracia para poner sus asuntos en orden, y el ifrit se lo concedió. Al año el hombre regresó. Y esperó.*

El comerciante no dijo: “Yo no podía saberlo, no pude verlo ni oírlo, ¿cómo puedo ser responsable de su muerte?” Aceptó simplemente la responsabilidad por el resultado de sus acciones.

Esta historia refleja la paradoja del moderno operador de los sistemas penales. Me explico:

Sabemos que, en el proceso de criminalización secundaria, las agencias que se ocupan de seleccionar los casos apuntan a los delitos burdos, cometidos en flagrancia, reprochados en general a sujetos desaventajados; jóvenes de los suburbios, con escasa instrucción, sin inserción laboral estable. Esto está escrito, no en obras de consulta para investigadores, sino en los manuales canónicos de Derecho Penal que utilizan los estudiantes de

---

\* Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

<sup>1</sup> Sobre la exposición realizada en el Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal Argentina – Uruguay, XX años de INECIP, Rosario, 4 al 6 de Noviembre de 2009.

derecho, y que son la primera fuente de consulta, tanto de los abogados que ejercen la profesión de modo liberal, como de los que reportan a las agencias fiscales y de la defensa, y los magistrados judiciales.<sup>2</sup>

Sabemos que la posición social, la instrucción, e incluso la mera apariencia física determinan si un sujeto será o no sometido a la coerción penal, y también sabemos que, en caso de que un sujeto no perteneciente al colectivo de los sujetos habitualmente seleccionados deba enfrentar una investigación penal y un juicio, el sistema de garantías se desplegará en toda su plenitud.

Sabemos que esto es injusto, pues los delitos de escritorio que suelen producir un daño social de gran envergadura quedan impunes, mientras que la atención de los esfuerzos estatales se vuelca sobre la prevención y castigo de delitos contra la propiedad, de menor cuantía, perpetrados en el espacio urbano.

Proyectamos leyes y organizamos agencias de investigaciones complejas; estudiamos, capacitamos personal, nos reunimos en congresos -como éste- y damos conferencias donde describimos una vez más, y muy prolijamente, el fenómeno de la selectividad. Todo con el firme propósito de modificar esta constante.

Un buen día miramos dentro de la cárcel. ¿Y que vemos? Gente pobre, que hemos encerrado nosotros. Mientras pensábamos en las magníficas investigaciones complejas de grandes casos de corrupción económica que nunca logramos concluir, la fuimos encerrando sin darnos casi cuenta, por simple inercia burocrática.

Entonces:

Que el sistema penal es selectivo no es ningún descubrimiento. Las cárceles están llenas de pobres y esa evidencia es inapelable. Podríamos citar estadísticas sobre instrucción, antecedentes laborales, rango de ingresos, y otros factores ponderables y no haríamos más que reafirmar esta primera impresión, que es la que recibe cualquiera que visite hoy una cárcel.

Que la cárcel goza de buena salud es otra comprobación empírica que no parece discutible. Esto dicho en el sentido de que no sólo no tiene mala prensa, sino que nada anuncia que se aproxime a su desaparición; antes bien, la información que circula a escala planetaria indica que su empleo sigue vigoroso y en ascenso en términos cualitativos: las sanciones no privativas de libertad

---

<sup>2</sup> Zaffaroni Raúl E. , Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 8 y ss.

retroceden, la magnitud de las penas de prisión aumenta. Por esta razón y paralelamente también acrece la prisión en términos cuantitativos y proporcionales. Finalmente, su razón de ser viene virando desde las propuestas de rehabilitación hacia el retribucionismo puro y duro. Encierro-destierro, inoculación, separación, clausura.<sup>3</sup>

Siempre, claro está, con un sistema que se reproduce y mantiene apuntando en la selección secundaria a los mismos sujetos; con algunas pocas excepciones que confirman la regla cuando sujetos no incluidos en la bandeja de la vulnerabilidad son alcanzados por incurrir en la comisión de los llamados delitos grotescos, o por perder cobertura política.

Estos sujetos que tradicional y sistemáticamente eluden la punición, protagonizan conductas que se muestran como operaciones comerciales o bancarias lícitas. Como ejemplo vale la reciente crisis financiera. No es suficiente la evidencia de que un grupo de gerentes y ejecutivos de compañías financieras, inmobiliarias y de aseguradoras ha provocado una conmoción económica de tal envergadura que sus consecuencias no son todavía ponderables en volumen, pero que sabemos que significan muerte, hambre, desempleo y violencia. No serán juzgados, no habrá castigo. De hecho, no hay ley penal para ellos.<sup>4</sup>

Entonces, ¿por qué siempre y solamente castigamos a los pobres?<sup>5</sup>

Hay un aparato cultural crítico que describe con mucho detalle lo que acabo de referir, pero los operadores de los sistemas penales seguimos, con buenos discursos, eso sí, encerrando a las desaventajados en la cárcel.

---

<sup>3</sup> Garland, “*La Cultura del Control*”, Gedisa, Barcelona, p. 42 y ss.

<sup>4</sup> Colombo, Ariel, *Si de Keynes se trata – Las razones de la crisis*; en Cash, suplemento de Página 12, edición del 8 de febrero de 2009, p. 4.

<sup>5</sup> Roberto Gargarella, *Carcelarias*, nota publicada en *Página12*, 12 Abril 2006. “*Estamos, teóricamente, ahogados en doctrinas acostumbradas o resignadas a convivir con el delito y con la cárcel. ¿Qué explicará, en definitiva, que luego de siglos sigamos equivocándonos una y otra vez? ¿Cómo entender que se sigan impulsando políticas que no sólo son injustas e inhumanas, sino que además son –y esto es lo que resulta más llamativo- irracionales respecto de los propios fines que ellas se fijan? ¿Cuántas veces más deberemos ver ratificada la idea de que la cárcel sólo educa en la delincuencia, que la venganza estatal sobre el condenado sólo trae más resentimiento y crueldad por parte de éste? ¿Cuántos motines más tendrán que sacar a la luz la locura del sistema que amparamos? ¿Cuántas nuevas violaciones de la Constitución deberemos seguir contemplando –a cada día, a cada hora– hasta que algún juez se decida a poner fin a una historia de cárceles “insanas y sucias,” que “castigan y humillan” contra lo que exige explícitamente la letra de la ley fundamental? ¿Será acaso que interesa mantener ciertos niveles de delito? ¿Será que la cárcel cumple una función simbólica que necesita ser preservada? ¿Será que es necesario mantener un ámbito de terror desatado para mirar de modo más complaciente las miserias propias de nuestras vidas?*”

Como el comerciante que arrojaba sobre el hombro izquierdo los huesos de dátíl, pretendemos que el hijo del ifrit es invisible.

Pasaré revista a algunos problemas que dan marco a la selectividad del sistema penal, y a las propuestas desde el diseño del enjuiciamiento penal para controlarla.

## **2. La seguridad civil y la seguridad social. Las inscripciones de la cultura.**

*“Encuestas recientes nos presentan una realidad que todavía no se ha erradicado en Europa y España, sin que nos refiramos a la tercera parte de la humanidad, que continúa sumida en la mayor precariedad. Parecen dar la razón a Jesús de Nazaret, cuando Judas y otros se escandalizaban del gesto de la Magdalena, derramando en los pies del maestro un pequeño frasco de perfumes de enorme precio, que vendido, habría solucionado la necesidad de muchos pobres. A cuyas insinuaciones el maestro respondió: A los pobres siempre los tendréis con vosotros. Y así se entendió en la cristiandad durante la Edad Media, que la voluntad de Dios era que los pobres durasen hasta el fin del mundo. Lo único que de alguna manera nivelaba con cierto grado de igualdad y consuelo a esa estructura de acentuadas diferencias, era La Rueda de la Fortuna, que cíclicamente ponía a unos arriba y a otros abajo”.*

*José Rodríguez Molina  
Universidad de Granada*

Se pueden distinguir dos grandes tipos de protecciones: la protección civil, para garantizar las libertades fundamentales, la seguridad de bienes y de las personas en el marco del Estado de Derecho; y la protección social; aquella que provee protección contra los riesgos que pueden degradar la situación de un individuo: enfermedades, accidentes, una vejez empobrecida.

El las sociedades premodernas el mundo se articulaba de modo que sólo podía proveer seguridad en términos de grupo: lo que Castel, citando a Duby, llama *sociedades enmarcadas*.<sup>6</sup> Se trata de los sistemas de protección de proximidad, y comprende a la familia, las relaciones de vecindad, de linaje; es la pertenencia a una comunidad. En este universo de fuerte imprimatura teocrática el vasallaje, el clientelismo y la servidumbre jugaban relaciones de poder, pero también de protección.

El hombre comienza a pensarse como individuo en el Renacimiento; antes sólo podía pensarse como miembro de un *colectivo*. Por eso, la pena de destierro era la pérdida de la paz, la condición de hombre-lobo. En la ciudad las cofradías, gremios, corporaciones, inscriben a sus miembros en sistemas fuertes de protecciones que garantizan su seguridad, al tiempo que fijan obligaciones de dependencia en relación al grupo de pertenencia.

---

<sup>6</sup> Castel, Robert, *La Inseguridad Social*, Ed Manantial, Buenos Aires, 2004, p. 19 y ss.

El respeto del estatuto, la práctica del juramento, establecen una regla de lealtad que da cohesión al colectivo.

En estas sociedades hay *seguridad interna*. La guerra es una amenaza externa, como la hambruna y la epidemia. En cuanto a la *inseguridad interna*, el vagabundo (sus formas abarcan al bandido, al salteador, al fuera de la ley) cristalizaba el concepto de sujeto desafiado, fuera de las inscripciones del territorio y del trabajo. Contra este sujeto amenazante la comunidad se revuelve y lo expulsa o lo incapacita.

Hobbes traza el esquema de una sociedad diferente, una *sociedad de individuos*, que es, en principio y por esa misma razón, una *sociedad de inseguridad total*. Proclama que, sin embargo, renunciando a una porción de libertad, los hombres pueden obtener seguridad; esta renuncia se refiere a la posibilidad – derecho- de obtener la felicidad por cualquier medio disponible y a costa de cualquier otro individuo. Se permite entonces conservar la libertad interior, pero a cambio resigna dos ámbitos: abstenerse de cualquier ejercicio de libertad que suponga afectar la esfera de disposición de otro individuo, por un lado, y el sometimiento al poder del Estado por el otro.<sup>7</sup> Para que este sistema funcione debe erigirse el *Leviatán*, el Estado absoluto. La *seguridad civil* y la *seguridad social*, mutuamente implicadas, se abastecen a cambio de una cuota de libertad, que implica renunciar a la participación en la toma de decisiones públicas.<sup>8</sup>

Estar protegido no es una condición natural, dice Castel, es una situación construida. La sociedad civil, amén de sus méritos, es por naturaleza una amenaza si no hay un poder que armonice los intereses, deseos o voluntad de poder de los individuos. Por esta razón el Estado absoluto es imprescindible para llevar la paz a individuos que se encuentran en estado de naturaleza (*el hombre es el lobo del hombre*). En este estado de naturaleza, no hay ley, no hay derecho, no hay instituciones sociales, y la competencia es desenfrenada. El Estado Absoluto viene a liberar a los individuos del miedo, y respeta el fuero interno.

La sociedad de individuos de Hobbes es un punto de partida desde el cual Locke, poco más tarde, articula una nueva propuesta, que sí permite la participación individual en las decisiones políticas.

---

<sup>7</sup> “Que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de ñ mismo, a renunciar a este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a ñ mismo” Hobbes, Thomas, *Leviatan*, 1994, Fondo de Cultura Económica, Mexico, p. 107.

<sup>8</sup> “Los mandatos de quien tiene derecho a mandar, no deben ser censurados ni discutidos por sus súbditos... En todos los Estados, el poder soberano debe ser absoluto”. Hobbes, op. cit. p. 169.

Ahora el individuo virtuoso, a través de la *propiedad* –que el Estado garantiza- se hace dueño de su propia persona y de su trabajo. Ya no depende de un amo o de la caridad. Para preservar la propiedad hace falta un Estado, pero este Estado se va a limitar a garantizar la libertad para que cada individuo desarrolle sus empresas. Así entendida, la propiedad es un concepto que abarca vida, libertad y bienes, y tiene una dimensión antropológica. Los revolucionarios franceses la defienden y sueñan, como Saint Just, con una república de pequeños propietarios, que gozarían de independencia y libertad, incluso para defender a la patria con las armas. “*Las propiedades de los patriotas son sagradas*”. Este Estado está concebido para defender la propiedad, pero no inmiscuirse en otras cuestiones económicas y sociales.<sup>9</sup>

Si la seguridad del individuo propietario está así sostenida, ¿qué pasa con el *no propietario*? El problema de la igualdad de derecho estaba aparentemente resuelto en la revolución francesa. Pero, ¿y la igualdad de hecho?

Porque si bien los Derechos del Hombre son proclamados de modo universal, a estos derechos, a diferencia de lo que sucedía en el mundo del derecho romano, no se le adicionan *acciones*; hacerlo hubiera implicado una transformación violenta en la estructura económica y social. Entonces, si hay derecho pero no hay acciones, la formulación de los derechos no es más que una pauta de progreso dirigida al Parlamento, para que oriente la legislación del Estado en este sentido; pero estos derechos no pueden ser reclamados ante los jueces. Este es el origen de la distinción entre las cláusulas *programáticas* y *operativas* de las Constituciones.

A principios del siglo XIX se descubre el problema del *pauperismo*, es decir, de aquellas personas sin propiedad. Pero no se enfrenta como problema político, sino que se hace un abordaje filantrópico. Inclusive la campaña por el cese de la trata de esclavos, definida como la primera campaña por los Derechos Humanos, es orientada desde Inglaterra a partir de la filantropía. Es más, algunos de sus principales referentes, de origen noble, se retraen al producirse la revolución en Francia, temiendo que esta campaña se contamine políticamente y pretenda un avance hacia la nivelación social.

Bruno Díaz y su alter ego, Batman, encarnan hoy en el imaginario colectivo al héroe filántropo. De día protege la seguridad social con generosas contribuciones económicas a los pobres, los huérfanos y los enfermos, celebrando fiestas de caridad en su mansión. Por la noche es el paladín de la seguridad civil, protegiendo la propiedad,

---

<sup>9</sup> Castel, op.cit, p. 27.

y con ello la libertad de disponer de ella, frente a aquellos que no respetan el pacto asociativo. Los villanos también hacen su tarea: no cuestionan el orden instituido, no quieren fundar *otra ley*; reconocen que obran mal.

La modernidad liberal se construye con una doble exclusión: la de las clases populares en las naciones de Europa y en EEUU, y fuera de ese perímetro la exclusión del resto de la humanidad. Es decir, el Estado liberal no se ocupa de proteger a todos los miembros de la sociedad, como lo hacía el Estado absoluto de Hobbes. Necesariamente se produce una separación entre *propietarios* (sujetos de derecho) y *no propietarios* (no sujetos de derecho) que condiciona su participación política.

En la Argentina lo social como cuestión surge recién después de 1880, con la irrupción de las clases trabajadoras como un movimiento artificial, un mal que debe ser prevenido. "*Las clases populares pasan a ser consideradas clases peligrosas*", señala Juan Carlos Portantiero.<sup>10</sup>

Se advierte entonces cómo la seguridad y la democracia juegan un delicado equilibrio. Las sociedades modernas están construidas sobre la relación entre una alta promesa de protecciones, que generan expectativa, y un grado variable de capacidad efectiva para ponerlas en funcionamiento. Porque, además, la aspiración de estar protegido no se mantiene estática; se incrementa y plantea nuevos objetivos a medida que se alcanzan los anteriores.

Para advertir los cambios en el comportamiento social basta con repasar los cuadernos de Mafalda. En la Argentina de los sesenta que ilustra Quino los chicos de seis años salen de su casa solos. Sin vigilancia juegan en la plaza, hacen compras, van y vuelven de la escuela, visitan a sus amigos en sus casas, se sientan en el cordón de la vereda. Atienden a los vendedores que llegan hasta la puerta del departamento, interpelan por la calle a los adultos. Hoy esto bastaría para privar de la patria potestad a sus padres por negligencia, al exponer a sus hijos a una inaceptable cuota de riesgo.

Pero el dilema central es que un Estado democrático no puede ser protector a cualquier precio, porque ese precio sería el que señala Hobbes, el absolutismo del poder del Estado. La crítica del laxismo de las autoridades responsables de mantener el orden, tiene su fuente profunda en esta distancia entre la preocupación del Estado de ser eficaz, y para ello utilizar la fuerza, y la exigencia de respetar

---

<sup>10</sup> Portantiero, Juan Carlos, *Estado, clases dominantes y cuestión social en la Argentina*, en Marí – Bergalli, op. cit, p. 403 y ss.

las formas legales<sup>11</sup>. Cuando más complejo el andamiaje jurídico de un Estado, más corre el riesgo de defraudar la exigencia de protección absoluta de sus miembros.

La Administración repite una vez y otra el mismo discurso: más inversiones en hombres, en armamento y equipos para controlar la amenaza. Y transfiere en cuanto puede la responsabilidad por la inseguridad a los Jueces, que no encierran a los peligrosos para siempre. El fantasma de las leyes de *estado peligroso* regresa, de la mano del estatuto del *derecho penal del enemigo*, que supera largamente los límites del terrorismo para dirigirse hacia el enemigo interior, y la presión sobre las diferentes agencias del Estado lleva a que los legisladores modifiquen una vez y otra las normas penales con penas draconianas. Los Jueces, a su vez, las aplican y llenan las cárceles a un ritmo que se incrementa de año en año.<sup>12</sup>

Es que para superar esta contradicción sin afectación de los valores protegidos todos los ciudadanos deberían ser virtuosos, o deberían ser obligados a serlo. Si la virtud no es espontánea, y uno se niega a imponerla por la fuerza, hay que admitir que la seguridad absoluta nunca estará asegurada en un estado de derecho.

En el campo de la seguridad civil, estas fuerzas que se enfrentan son, por un lado, la eficiencia del Estado en la ejecución de su política criminal, que se expresa en la persecución de los delitos. Por el otro, la protección de la libertad en el despliegue de las garantías individuales en la construcción y verificación de la imputación.

*Estar protegido es también estar amenazado*, dice Castel.<sup>13</sup> Cada acción emprendida para reforzar la protección lo es sobre una amenaza que limita nuestra vida, lo que genera además una industria de la protección que estimula el sentimiento de inseguridad. Vale como ejemplo la propaganda de puertas blindadas que podemos ver hoy en la televisión, en la cual se muestra la peligrosidad de un sujeto que reúne el estereotipo estético y gestual del agresor urbano. La industria del miedo es uno de los mayores negocios del momento, creando ejércitos privados y generando un volumen de negocios sideral.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Castel, op. cit, p. .

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

<sup>13</sup> Castel, Robert, op.cit, p. 13.

<sup>14</sup> Binder, Alberto, *El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual*.



Sin embargo, objetivamente puede afirmarse que vivimos en la época más segura que podamos recordar.

Hay una distancia enorme entre la obsesión acerca de las amenazas para la seguridad de hoy en día, y lo que sucedía hace un siglo o sucede hoy en la mitad del planeta. Esto se relaciona con la sobre valoración del individuo, y su demanda al Estado en defecto del auxilio de grupos de pertenencia. La sociedad desarrolla, paralelamente, demandas antitéticas: *protección absoluta*, por un lado, y *respeto absoluto de la libertad y autonomía de sus miembros*, por el otro. El hombre moderno quiere de forma absoluta que se le haga justicia en todos los dominios, incluso en su vida privada; y al mismo tiempo quiere que se garantice absolutamente su seguridad cotidiana; estas dos aspiraciones no pueden cumplirse, pues el legalismo y la demanda de protección se exacerban y llevan a vías opuestas. Esto pone en riesgo a los gobiernos democráticos, pues el aumento de autoridad siempre pone en riesgo las libertades individuales. El ejemplo más dramático del siglo pasado lo describe Erich Fromm en *El Miedo a la Libertad*.

### **3. Sociedad de riesgos. El poder del Estado.**

Si la *seguridad civil* podía considerarse atendida por el modelo de Estado liberal, no sucede lo mismo con la *seguridad social*, en cuanto esta significa estar a salvo de imponderables que podrían degradar el estatus social de un individuo: una vejez pobre, accidentes, enfermedades, desempleo.

Para enfrentar el problema de la asimetría entre el propietario que da trabajo y el no propietario, se dispuso la protección del trabajo. Esto significa transformarlo en *empleo*, y rodearlo de protecciones legales, de un estatuto. En segundo lugar, se construyó propiedad social. El ejemplo, en este caso, es la jubilación. Esta sociedad salarial es fuertemente diferenciada, no establece la igualdad de hecho, pero es fuertemente protectora.

Si bien no puede decirse que el Estado social asumiera una función *redistributiva*, sí tomó un rol protector, inscribiendo al individuo en colectivos protectores. Así, la negociación salarial no es individual, sino que se asume en colectivo, donde el sindicato adquiere un rol protagónico. Esta función protectora se desdibuja cuando comienzan las diferencias entre categorías, y la desestandarización del trabajo. La competencia entre iguales afecta la solidaridad que presidió la formación de los colectivos, y lleva al deterioro de la protección social respecto de los individuos.

Las *fábricas virtuales* de hoy día, cuya localización depende de factores volátiles, ha precarizado el empleo antes seguro. La masa de personas desocupadas, que en el industrialismo conformaban el llamado *ejército de reserva*, ahora es por completo innecesaria, prescindible.

El sentimiento de frustración por el deterioro de expectativas, y la pérdida de visión del futuro en un mundo en el que el cambio se ha tornado velocísimo, afecta a grandes sectores sociales antes contenidos, y produce un sentimiento de injusticia que se traduce en reclamos en busca de responsables. Esto es lo que se vivió y se vive en la Argentina de las cacerolas y de los piquetes.

Porque en paralelo con las transformaciones en la tecnología, y con ellas en la organización de los factores económicos, la *empresa*, esa organización económica fundada por los holandeses en el siglo XVII ha cobrado tal importancia en el mundo globalizado que el Estado nacional ya no tiene capacidad para regular los principales parámetros económicos, y en consecuencia para garantizar un conjunto coherente de protecciones a sus habitantes.

El Estado Nacional ha perdido capacidad, poder de configuración del espacio social en su territorio. Los gobiernos de los Estados, como se ha visto en la reciente crisis mundial, son impotentes para enfrentar las consecuencias de la ruleta rusa económica que disparan unos pocos agentes económicos privilegiados. Con ello, el poder de configuración de la vida cotidiana, de las expectativas domésticas, ha escapado del poder local.

Ahora bien, ¿es perceptible esta comunicación directa entre seguridad social y seguridad civil?

Enrique Marí, hace veinte años, escribía acerca del control social, explicando los mecanismos de negación de las ideologías, para velar el nexo entre desigualdad social y seguridad. *"Sin embargo, -decía- el vínculo de causación entre desigualdad social y seguridad es un vínculo necesario, en el sentido de que deriva de las relaciones objetivas instaladas entre los agentes económicos y, en el plano político los ciudadanos potenciados o despotenciados según el lugar que ellos ocupen en el espacio del conflicto social"... "Si el régimen de representaciones que las ideologías dominantes producen es operante, individuos, sectores, y segmentos sociales no asociados a los beneficiarios de la desigualdad deben asociarse, en cambio, a la lógica de estas ideologías en la construcción de la seguridad como un valor supremo de la sociedad. Pero este valor no se puede construir como supremo, si al mismo tiempo no se lo construye como*

*autónomo, es decir, como variable independiente de las causas que la reclaman y generan”<sup>15</sup>*

Es así como el reclamo de seguridad se independiza y se asume como materia autónoma. Esta racionalidad aislada impide vincular la seguridad con una racionalidad general de diseño de sociedad.

Pero si en algún momento el reclamo social pudo condensarse en la propuesta *menos Estado*, porque el Estado oprime, ahora ha sido completamente reemplazado por el reclamo de *más Estado*,<sup>16</sup> para que el Estado proteja. Sin embargo este Estado ha sido desapoderado. El poder y la política ya no confluyen en el Estado, porque el poder se ha desplazado, en el mundo globalizado, a la empresa.

Entonces, por un lado se instala en la sociedad una *aversión al riesgo*, que lleva a pretender dominar todas las contingencias posibles de la vida para estar en paz; y por el otro la *desocialización*, que hace que los sujetos excluidos conformen *colecciones* y no colectivos de individuos, ya que no tienen nada en común más que las carencias que comparten.

El resentimiento se hace general en franjas de población ya convencidas de que han sido dejadas a un costado, y que se ven impotentes para imaginar su porvenir en un mundo cada vez más cambiante. Por eso miran hacia el pasado y no hacia un futuro que asusta. El miedo al futuro induce una actitud defensiva, que rechaza la novedad, el pluralismo y las diferencias.

Este sentimiento de miedo, envidia y desprecio se enfoca sobre categorías sociales muy próximas (Castel ejemplifica con los blancos pauperizados del Sur en EEUU de la posguerra civil contra los negros liberados). En los suburbios pobres se superponen la inseguridad social y la inseguridad civil: desempleo, hábitat degradado, actividades marginales, promiscuidad, jóvenes inactivos e *inviabiles*.

El futuro es semejante a un carro de montaña rusa desbocado, al que vamos aferrados hundiéndonos en la oscuridad. Los adolescentes de los sectores marginados no logran imaginar su vida luego de los dieciocho años.

---

<sup>15</sup> Marí, Enrique y Bergalli, Roberto (coordinadores), *Introducción...*, en *Historia del Control Social España-Argentina*, EEd. PPU, Barcelona, 1989, p. CCCXCV y ss.

<sup>16</sup> John Gray, *De vuelta a Hobbes*, en *Contra el progreso y otras ilusiones*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 119 y ss.

Las *clases peligrosas*, representadas en el siglo XIX por los proletarios, son ahora los jóvenes desempleados, sin instrucción, que viven en barrios donde el comercio y consumo de drogas es visible, estigmatizados por una estética que los etiqueta.

El Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, en los primeros días del mes de noviembre de 2009 anunció por los medios de prensa que en su provincia había quinientos mil jóvenes que no estudian ni trabajan. Cualquier persona con un mínimo de sentido común puede interpretar que esta situación es explosiva, y que ninguna política de seguridad puede ser pensada racionalmente sin conexión con el modo de construir políticas públicas para proporcionar a estos jóvenes un anclaje en el colectivo social. Sin proyecto de vida, sin proyecto de futuro, no hay sociedad posible.

Pensar la seguridad con independencia de los factores sociales que inciden sobre la etiología de la conducta desviada es un ejercicio de autismo de previsibles y crueles consecuencias.

Ahora bien, ¿cuál ha sido la respuesta del gobierno bonaerense frente a esta evidencia? La propuesta de modificación de la legislación contravencional, recuperando viejas figuras del siglo XIX, creando jueces administrativos, estableciendo penas de prisión fuera del Código Penal. Es decir, más punición, más fetichismo legislativo.

#### **4. El Estado, el riesgo, y la criminología actuarial.**

Este Estado desapoderado, cruzado por las demandas de protección de amplios sectores afectados por el deterioro de su estándar de vida, da nacimiento a una criminología que debe servir a las políticas eficientistas y suministrar sostén a las doctrinas neo-liberales. Este nuevo paradigma, al decir de Young, pretende una racionalidad sistémica para reducir las políticas públicas, y obtener el mayor nivel de eficiencia en aquellas actividades que todavía queden reservadas al Estado. La *criminología actuarial* calcula y evalúa el riesgo que supone la ubicación de cada persona en una gradación social, cuyos extremos señalan mundos agudamente segregados, sea el de los muy ricos o el de las colecciones de excluidos. Esta criminología se ocupa de la minimización del daño, pero le son indiferentes por completo las causas del delito; atiende a las probabilidades de ocurrencia delictual exclusivamente, porque no pretende un mundo libre del delito sino otro en el cual las prácticas para la limitación del daño sean claras.

Al contexto social producto de la prevalencia del mercado (Tatcher – Reagan) lo denomina Young *orden social "bulímico"*: la inclusión que resulta de la creciente diversidad y pluralismo culturales se ve acompañada por una sistemática exclusión estructural, que convierte a numerosos sectores de la población en '*residuos*' inasimilables a la sociedad. Se consolida un modelo de administración de la exclusión y se abandona paulatinamente el proyecto rehabilitador y resocializador, que cae ante el carácter irremediable de la desafiliación social de individuos que ya no son evaluados en virtud de alguna norma, sino *manejados* de manera eficiente y económica. La *actitud actuarial* da por hecho que ha aumentado el riesgo, tanto para los individuos como para las colectividades, mientras el delito se ha convertido en una parte normalizada de la vida cotidiana, de forma que el delincuente puede estar en cualquier lado. Se desconfía de todo y de todos. La inseguridad se convierte en el eje de cualquier actividad, motivo por el cual lo más trascendente es hacer seguro cada momento para evitar lo riesgoso, aunque ello no se alcance y todo sea meramente probabilístico.

Esta tendencia actuarial causa un aumento de presión sobre el sistema de justicia criminal para que alcance un mayor grado de eficacia, y se orienta no ya a tratar con individuos para establecer sus responsabilidades y procurar su rehabilitación sino a elaborar y aplicar técnicas para identificar y clasificar grupos sociales en función de su peligrosidad y de la inseguridad que generan. La policía no lleva a cabo tareas dirigidas a obtener la prueba de la culpabilidad, y la cárcel a ejecutar las penas de forma útil, con miras a la rehabilitación del condenado, sino que ambas se ocupan de cuantificar, agrupar y clasificar a los individuos por su peligrosidad. Esta es la base de la *New Penology* que Young analiza, describiendo y criticando el discurso actuarial sostenido por Malcolm Feeley y Jonathan Simon.<sup>17</sup>

Para gestionar el riesgo se procura dificultar materialmente la *actividad desviada*, y aislar a quienes resultan criminalizados por pertenecer a contingentes humanos que actualmente representan un riesgo o un peligro para la seguridad. Estos colectivos –o colecciones- comprenden a los inmigrantes, los drogadictos, los sin techo, etc.

Al sistema carcelario se le encomienda la función exclusiva de *neutralizar sujetos peligrosos*. Esto agrava la situación actual de vulneración de derechos humanos de las personas que se

---

<sup>17</sup> Bergalli, Roberto; presentación del libro *El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social*, de Jock Young (2003)

encuentran privadas de libertad, en tanto son consideradas no sólo como peligrosas sino también irrecuperables, y con ello pierden cada vez más su estatus de seres humanos.

La legitimación de la modernidad parte de dos axiomas: la idea del progreso indefinido, y el contrato social en su forma clásica. Este progreso indefinido, instalado en el centro del sistema ético del mundo occidental, era definido por Condorcet de este modo: "*El motor del progreso es la ciencia. El avance de la sociedad guiada por el conocimiento científico implicará, al mismo tiempo, un avance paralelo en la moral, a la que Condorcet engloba bajo el nombre de virtud*"<sup>18</sup>

Sin embargo, si es posible hoy aceptar que el conocimiento científico es acumulativo, no parece posible respecto de la ética. Marí no podía saber que en el siglo XXI la primera potencia del mundo dictaría el Acta Patriótica, y en el mundo intelectual se discutiría *cuanta tortura es aceptable*, pero con toda ironía comparaba el enlace ética-capitalismo con la parábola borgeana: el jardín de los senderos que se bifurcan.<sup>19</sup>

Desde diferentes perspectivas se apunta a la importancia de fortalecer el papel del Estado, y al mismo tiempo aceptar que el programa de la modernidad con su idea de progreso moral debe quedar atrás, por su incapacidad de cumplir sus promesas.<sup>20</sup> En paralelo, el sujeto se desinteresa del Estado, salvo para un reclamo de *justicia* que se formula siempre en papel de víctima. En la Argentina, nada se ha vuelto más importante que el fútbol; el interés del público se desplaza de la política al entretenimiento.<sup>21</sup>

El *Estado Social* se desliza hacia un *Estado de la Seguridad*. Pero no afronta el conjunto de los factores que producen inseguridad. Seguridad civil y seguridad social no constituyen dos esferas separadas.

¿Cómo enfrentar el problema? Castel propone dos acciones: en primer lugar, *denunciar la inflación de la preocupación por la seguridad*, que instala el miedo en el centro del escenario social, y con él las respuestas paroxísticas que conocemos. En segundo

---

<sup>18</sup> Marí, Enrique, *Ética y capitalismo*, en Papeles de Filosofía II, Biblos, Buenos Aires, 1996, p. 217y ss.

<sup>19</sup> John Gray sostiene que la idea del progreso moral acumulativo no sólo es errónea sino también peligrosa, pues conspira contra una visión realista de los problemas a enfrentar. Op. cit. p.27 y ss.

<sup>20</sup> Boaventura de Souza Santos, Entre la represión del neoliberalismo y la imaginación utópica de los pueblos, reportaje de Raphael Hoetmer para Alai AMLATINA.

<sup>21</sup> Daniel Guebel, *Un deporte tan misógino...*, en Perfil, edición del 18 de Octubre de 2009, Deportes, p. 8.

lugar, *afirmar la importancia esencial de la necesidad de protecciones.*

Vivir en inseguridad es no poder hacer sociedad, es vivir bajo el signo de la amenaza, atezados por el miedo. El miedo provoca reacciones instintivas e irracionales, y se paga con moneda de libertad, como bien lo explicó en su momento Erich Fromm refiriéndose a la Alemania nazi.

Esto significa que, para que el pacto social funcione, todos los individuos deberían contar con la satisfacción esencial de sus necesidades mínimas, para que esto les permitiera independencia. Esta es la matriz de la sociedad sin exclusiones.

Castel propone una política de *domesticación del mercado*. Ya ha dado muestras, y recientes, de que por sí es incapaz de contenerse. El Estado de Derecho y el Estado Social son interdependientes; no puede construirse uno sin el otro. Para esto habrá que reunir de nuevo *poder y política*, una cuestión que deberá ser enfrentada a escala planetaria.<sup>22</sup> Es necesario un nuevo orden global solidario, reclama Boaventura de Souza Santos.<sup>23</sup>

*Es ridículo decir que no se puede hacer nada. Se puede hacer más que en cualquier momento del pasado, dice Alain Touraine, reivindicando a la educación como el factor de crecimiento más importante en el mundo.*<sup>24</sup>

## **5. Globalidad y políticas públicas en América Latina: La reforma judicial y las versiones en competencia del Estado de Derecho**

Las inversiones realizadas por los países desarrollados en la transformación de los sistemas judiciales de América Latina ha sido significativa, en una apuesta a la mejora de la gobernabilidad para favorecer el desarrollo económico.

En América Latina se vienen jugando dos posiciones o versiones sobre el Estado de Derecho, relacionadas con la economía del desarrollo, cuyo examen no puede ser excluido cuando se analiza la selectividad en las respuestas punitivas, pues de estas posiciones deriva también el diseño de la política criminal, sus objetivos y sus programas, la organización de las agencias

---

<sup>22</sup> Bauman, Zygmunt, *Tiempos Líquidos*, Tusquets, 2009, p. 41.

<sup>23</sup> En Página12, *Consensos Problemáticos*, 31 de Marzo de 2009. Agrega: *el mercado debe volver a ser un servidor, ya que como soberano se ha revelado terrible.*

<sup>24</sup> *El fin de la Ola Liberal*, en *Desigualdad y Globalización*, Manantial, Buenos Aires, 2001, P. 49.

estatales relacionadas con el delito y el desarrollo de instituciones judiciales, policiales y carcelarias.

En este sentido, tiene particular importancia el análisis de cómo han luchado los actores en este campo para definir la teoría y la práctica del estado de derecho.

Simplificando la variedad de concepciones y proyectos políticos subyacentes, Rodríguez Garabito distingue dos concepciones diferentes. Por una lado una concepción *ligera*, que privilegia la función estabilizadora del Estado de derecho. Aquí se hace hincapié en la previsibilidad, de las reglas de juego y la seguridad jurídica. En formulación clásica de Friedrich Hayek el Estado de Derecho *“significa que todas las acciones de gobierno estén restringidas por reglas fijas conocidas de antemano; reglas que hacen posible, por un lado, prever con un grado de certidumbre razonable cómo la autoridad usará sus poderes coercitivos en circunstancias concretas y, por otro, planear los propios asuntos teniendo en cuenta ese conocimiento”*<sup>25</sup>

Del otro lado se encuentran las concepciones *densas* del estado de Derecho, que privilegian la mayor capacidad del ciudadano para realizar la vida que desea, sintetizada en la declaración de Delhi de 1959 por la Comisión Internacional de Juristas: *“El Estado de Derecho debería utilizarse no sólo para garantizar y proveer los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, sino también para establecer las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales en las que sus aspiraciones legítimas y su dignidad pueden hacerse realidad”*.

El proyecto neoliberal global ha promocionado la versión ligera del ED, a través de sus agencias USAID, BID y Banco Mundial, apoyando la modernización de las instituciones que contribuyen a mejorar el funcionamiento del mercado, a partir del llamado *Consenso de Washington*. De las políticas públicas englobadas en el programa, con centro en la disciplina fiscal, la reducción del gasto público, etc, se giró, a partir de la crisis asiática de 1997, hacia una ampliación de objetivos incluyendo el fortalecimiento de los organismos administrativos para la supervisión del mercado y la puesta en marcha de políticas sociales para sectores específicos de la población.

En la versión *neoliberal global* los tribunales civiles y comerciales tienen que hacer cumplir los contratos y abstenerse del activismo redistributivo. Los tribunales penales y las demás agencias

---

<sup>25</sup> Rodríguez Garabito, *La globalización del estado de Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009, p. 15 y ss.



estatales de control social deben ser eficientes para prevenir y castigar el delito.

El Consenso de Washington se desplomó con la crisis Argentina del 2001, que mostró los efectos de la reducción radical de la capacidad regulatoria del mercado.<sup>26</sup>

Por otro lado el *proyecto neoconstitucional global* se ha apoyado en el movimiento por los Derechos Humanos que se incorporó a las constituciones en las últimas décadas, junto con mecanismos de control constitucional como los tribunales constitucionales y su proactividad para hacer efectivos los derechos sociales.

## **6. Control de la selectividad. Legalidad y oportunidad**

La selectividad del sistema penal es una nota estructural, que paradójicamente ha venido ligada al llamado principio de legalidad del régimen de la acción penal, lo que supone, en su formulación teórica, que la política de persecución penal atiende de modo igualitaria a todas las infracciones sobre el programa de política criminal.

Cuando comenzó a plantearse en Argentina la discusión legalidad – oportunidad, se entendió que el recurso de dejar librado a criterios –reglados por lo general- la promoción de la acción penal por parte del Fiscal era un reconocimiento a la imposibilidad material del Estado de hacerse cargo de la demanda de intervenciones coercitivas, demanda inflacionada vertiginosamente en la {última década. Pero esta mirada, dice Binder, encubre que el principio de legalidad es una expresión de un modelo de política criminal autoritario, y que esta incapacidad fáctica del Estado es un modo de encubrir la selectividad. Y por esta razón el principio de legalidad procesal debe ser controvertido en sus mismos fundamentos.<sup>27</sup>

Con el fracaso de las respuestas reales a los problemas sociales, por ausencia de una política integral de gestión de la conflictividad, aumenta la necesidad de dar respuestas simbólicas y por eso el fenómeno de la inflación penal. El principio de legalidad procesal juega así como una justificación para impedir el desarrollo de otros modelos de intervención estatal en los conflictos sociales, que no consista en el ejercicio de la coerción penal, siempre finalmente enderezada hacia los mismos sujetos.

---

<sup>26</sup> Stampa y Rock, citados por R.G, op. cit, p. 32.

<sup>27</sup> Binder, Alberto, *Legalidad y Oportunidad*, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje a Julio B. J. Maier*, AAVV, Del Puerto, 2005, p. 207 y ss.

El principio de *última ratio* permite dar fundamento a la selección de casos por oportunidad, sin necesidad de hacer derivarla del principio de legalidad. La misión del principio de *última ratio* es la de reducción de la violencia, y por tanto de tracción de los conflictos hacia modos de solución con menor o nulo contenido de violencia.

Así, dice Binder, el esquema se invierte; la selección rigurosa de casos debe partir de un criterio de oportunidad, siendo excepcional la aplicación de la legalidad procesal.

### **7. Mínima intervención, resolución alternativa de conflictos e impunidad.**

La selectividad del sistema penal, con la consecuencia de imputar delitos y consentir la impunidad siempre a los mismos – y diferentes- sectores de población se presenta como una cuestión estructural que depende de factores múltiples y que, en este momento, alcanza una escala global. Sin embargo esta constatación no tiene por qué reducirnos a la inmovilidad determinista; el espacio de transformación de la realidad es todavía lo suficientemente amplio como para que podamos plantearnos líneas de trabajo que vayan en sintonía con la mayor *densidad* de que podamos dotar al estado de derecho.-

Y en esta línea de trabajo, toda reforma de la justicia penal debe plantearse el problema de la reducción de conflictos como su núcleo político central.

Si desde una perspectiva política, entonces, se aprecia que la legalidad procesal sólo afirma la selectividad del sistema, desde una mirada utilitaria también se advierte que los recursos de la justicia son limitados. Si se pretendiera asumir toda la demanda de derecho penal que se ha instalado en el plano simbólico, las agencias penales devorarían los presupuestos de educación y salud. Por eso no es inentendible que las burocracias judiciales sigan defendiendo la legalidad procesal, en lugar de concentrar los esfuerzos y los recursos en los casos significativos que ingresan al sistema. Significativos por múltiples aspectos, incluyendo – especialmente- el interés preponderante de las víctimas. Y derivar los restantes casos hacia formas de intervención menos formales.

Esta es la diferencia entre la *respuesta caótica* y la *respuesta racional*. La respuesta caótica se ocupa de mantener la apariencia de funcionalidad del sistema de investigación e imputación permitiendo la acumulación de casos sin respuesta hasta que las contingencias –fundamentalmente el paso del tiempo- muestran que puede remitirse al archivo sin quejas del público. La

selectividad depende entonces de las agencias policiales, del historial del imputado, de la menor dificultad para construir el caso y de diferentes imponderables como la menor o mayor dedicación de aquel a quien se haya delegado la investigación. Aquí no hay una orientación de política criminal expresa, que sea fruto de una decisión que fija prioridades, y de una ponderación de costo-beneficio.

Un modo de diferir la resolución de casos es derivarlos nuevamente hacia la agencia policial para reclamar mayor insumo de evidencia, con lo que los pases y devoluciones mantienen ocupada a una parte importante de la fuerza de trabajo de las agencias policial y fiscal. Pero la energía que debe ponerse en el mantenimiento de esta masa de casos maltratados es enorme; y produce dos efectos perniciosos: por un lado, consume recursos económicos y horas de trabajo sin ninguna utilidad social; por el otro, impiden desafectar recursos para concentrarlos en los casos que sí requieren esfuerzo, por tratarse de criminalidad de gran impacto social, con invisibilidad de víctimas, dificultades probatorias y cobertura política.

La *respuesta racional* debe enlazar las prioridades de la agenda del Fiscal con los intereses ponderables de la víctima; a mayor interés de la víctima, mayor relevancia del caso. Es completamente hipócrita seguir sosteniendo que, por el principio de *legalidad procesal*, todos los casos *deben* investigarse y, más aún, que todos los casos *se investigan*.

Estas prácticas serán más racionales, darán mayor satisfacción a las víctimas que reclaman atención, y no provocarán molestias a las víctimas que interpretan que la ocurrencia de delito es una expresión más del *destino*, y por ello no sólo se desentienden del proceso judicial sino que lo rechazan.

Plantearse las tareas posibles y las tareas imposibles de la justicia penal ayudaría en mucho al control de la selectividad, porque significaría dar a los organismos que conforman el sistema judicial una tarea razonable, alejada de la sobrecarga endémica –Binder dixit- con la que se justifican muchos de sus debilidades. *Es el cúmulo de trabajo*, todavía se escucha decir, como justificación regular para impedir cualquier control sobre eficiencia del servicio. Los mecanismos de control de gestión son imprescindibles para hacer transparente la inversión y a partir de este resultado establecer programas que permitan racionalizar la selección de casos sobre el cumplimiento de políticas orientadas por el principio de mínima intervención.

Es cierto que es más fácil perseguir a los pobres. Los procesos son estandarizados, las exigencias emocionales e intelectuales comparativamente mucho más sencillas. Y por lo demás la inercia del sistema, que empuja hacia los casos fáciles, especialmente en flagrancia, permite limpiar la conciencia con la fórmula *se hace lo posible*, aunque el resultado sea previsiblemente el mismo: los mismos enjuiciados, los mismos presos.

Sobre qué casos pueden ser referidos a otras instancias de solución, podemos incluir, en principio, las cuestiones desarrolladas pajo el rubro de *insignificancia* del hecho, o de la participación del imputado. Esto no se refiere únicamente a las construcciones de la dogmática penal, sino a razones de política criminal.

Este espacio es compartido con los intereses de la víctima, a quien deberá dejársele una oportunidad de llevar adelante su pretensión, pues no se puede pensar en doblegarla a las razones estatales, que no siempre tienen que ser coincidentes con las propias.

Luego corresponde abrir el espacio del acuerdo, donde privan las razones de equidad, y no de verdad. Así, los mecanismos de conciliación, mediación, reparación.

En el campo de la infancia y adolescencia, el sistema penal debe ser también entendido como recurso de última ratio. En este sentido, la abstención de medidas punitivas con adolescentes

Finalmente, una política de fortalecimiento de la organización fiscal para la investigación compleja, que cuestione la impunidad – también estructural- de los sectores económicos y políticos comprometidos con la corrupción endémica.

*¿Por qué el comerciante no intentó refutar al ifrit? No sería, en verdad, porque el muerto no era invisible, al fin y al cabo?*

Playa Unión, Noviembre 2009