

¿HASTA DÓNDE LLEGA EL CONTROL SOCIAL PUNITIVO?¹

Vilma BISCEGLIA

En la madrugada del día 5 de noviembre del 2009 un Subinspector de la Policía Federal y un miembro calificado de Investigaciones Judiciales de la Ciudad de Buenos Aires, esperan en las inmediaciones de la plaza Constitución. Buscan cinco camionetas. Tienen la lista y van detrás de la organización clandestina que reabastece los puestos de venta de chipá y facturas ².

A las 5 de la mañana interceptan la primera de las buscadas, una utilitaria con logo de una panadería local. El conductor es “demorado” apenas desciende portando una bandeja de facturas. Se lo identifica, es argentino, tiene toda la documentación del automóvil en regla y un remito, en legal forma, de la mercadería que acaba de bajar para los del puesto ambulante. Se consulta y “no se adopta ningún temperamento”. El chofer que fue interceptado, demorado e identificado, sigue su camino.

Enseguida aparece la Renault Express de la lista, el conductor baja “una bolsa con chipás”. También es “demorado en lugar”. Es paraguayo y trabaja con su tía que fabrica el chipá en su casa, ubicada en la Villa 21. Se consulta con el Fiscal de turno y se procede del siguiente modo:

1- se intercepta a dos personas que transitan el lugar para que intervengan como testigos.

1 Ponencia presentada en el VI° Encuentro Nacional de Jueces de Ejecución Penal, San Luis, abril, 2011.

2 Chipá: s. m. Argentina, Paraguay y Uruguay, torta de harina de mandioca o maíz. // Factura: Argentina. Panecillo dulce; horneado o frito que suele fabricarse y venderse en las panaderías. Diccionario Enciclopédico Larousse 2009.

2- se labra al chofer un acta por infracción al art.83, segundo párrafo, del Código Contravencional ³.

3- también se le labra un acta por falta de autorización para transportar sustancias alimenticias.

4- se le secuestra el vehículo y se lo remite a la dependencia policial.

5- se secuestra la totalidad de la mercadería: 9 cajas, un canasto y 2 bolsas, todas conteniendo chipá que otros efectivos transportan a la dependencia policial en patrullero. Allí, con el auxilio de los inspectores de la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria de la CABA, dejarán constancia en actas su decomiso y destrucción.

A las 6 de la mañana observan la llegada de una camioneta Peugeot Partner. También figura en la lista. Cuando el chofer baja una bandeja con facturas lo interceptan e identifican. Es chileno. La camioneta está habilitada para transportar sustancias alimenticias pero él carece de registro y no tiene el remito de la mercadería que va a entregar. Trabaja con una tía que es la propietaria del vehículo. Se procede como en el caso anterior:

1- se interceptan dos personas para que oficien de testigos.

2. se labra al chofer un acta por infracción al art.83, segundo párrafo del Código Contravencional.

3- se le labra un acta por carecer de registro para conducir.

4- se inmoviliza el rodado y se lo traslada a dependencia policial.

3 Art. 83 del Código Contravencional de la CABA (ley 1482): “Usar indebidamente el espacio público. Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado/a con multa de doscientos (\$200) a seiscientos (\$600) pesos”. (N de A: equivalente a 50 y 150 dólares aproximadamente).

“Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a la del comercio establecido, es sancionado con multa de 5.000 a 30.000 pesos”.

“No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan una contraprestación pecuniaria”.

5- se secuestra la totalidad de la mercadería existente en el rodado: 3 bandejas de plástico con facturas; 1 bandeja de plástico con cremonas y 3 bolsas de pan.

A las 7 de la mañana las restantes camionetas de las lista no se han hecho visibles por el lugar y los investigadores reportan su informe a la Fiscalía que interviene en el caso. La Fiscalía da intervención al Juzgado de turno que inmediatamente aprueba los secuestros y las inmovilizaciones de los vehículos "...por haberse realizado conforme a derecho (art. 18 inc. c y d de la ley 12)..." y devuelve el expediente a la Fiscalía para que prosiga la investigación.

Los propietarios de los automóviles secuestrados recuperan los mismos luego de realizar el trámite administrativo correspondiente ante los Controladores de Faltas que dependen del Gobierno de la CABA, quienes les extienden un "comunicado de devolución". Es decir que, además de la Justicia contravencional también interviene en el caso un organismo de contralor administrativo.

El 23 de noviembre del 2009 la Fiscalía manifiesta al Juez que las tres camionetas que fueron interceptadas y las otras dos que no lo fueron, se relacionan regularmente con puestos de venta ambulante ubicados en las inmediaciones de la Estación Constitución, abasteciendo dos de ellas algunos puestos de la calle Brasil (no se precisa numeración); otras dos camionetas a los de la calle Hornos y Lima (sin precisar numeración). Todo ello en base a constataciones realizadas en cuatro oportunidades (1, 15 y 16 de septiembre y 5 de noviembre) sobre dicho terreno.

Le solicita en consecuencia al magistrado que libre cuatro órdenes de allanamiento contra dos inmuebles ubicados en esta ciudad y otros dos ubicados en la Provincia de Buenos Aires. De ellos, tres son negocios de panificación y el restante es una casa ubicada en una villa de emergencia. El objetivo de los allanamientos es encontrar pruebas de la existencia de una organización de venta, costo de distribución y administración de recursos: recibos, documentos, contabilidad y anotaciones de los diferentes eslabones de una organización destinada a la comercialización en espacio público de la ciudad.

De las panaderías que se van a allanar, una corresponde al primer vehículo interceptado, respecto del cual no se había adoptado ninguna medida cautelar por haber exhibido el chofer todos los documentos en regla.

El Juez autoriza los allanamientos y requiere mediante exhorto a dos magistrados de la Provincia de Buenos Aires que libren las respectivas órdenes para los domicilios que se encuentran en sus jurisdicciones.

Dos de estos procedimientos volverán a reiterarse. En uno de los casos porque el negocio estaba cerrado por vacaciones y en el otro, porque se encontraron con un taller textil clandestino en vez de una fábrica de chipá, pero en el interior del taller hallaron un almanaque de propaganda con el nombre y teléfonos de la “chipería” que buscaban. En el allanamiento de la villa 21 intervienen tres patrulleros consignando en las actas tal dispendio por la “peligrosidad” de la zona.

Personal de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires clausura, por falta de habilitación, el taller textil donde además viven los trabajadores e identifica a cada uno de ellos. Las prendas halladas tenían la marca de un conocido hipermercado establecido en nuestro país en los 90'. No consta en el expediente las derivaciones del caso en orden a la legislación protectoria penal laboral.

Paralelamente, allanan la panadería local vinculada al primer automóvil interceptado sobre el cual no se había tomado ninguna medida porque tenía toda la documentación en regla. Encuentran dos tickets de venta de mercadería supuestamente entregada en las cercanías de la Plaza Constitución. No se especifica el producto vendido pero, se afirma en el informe fiscal que, por “la hora de emisión y poca mercadería solicitada se puede presumir que correspondería a ventas en la zona en cuestión”. Además del personal policial, estaban presentes dos miembros del cuerpo de Investigaciones Judiciales, dos inspectores de Fiscalización y Control y dos inspectores de Seguridad e Higiene Alimentaria, ambas del Gobierno de la CABA y dos testigos. Se clausuró un montacargas y se labraron seis actas de infracción por falta de documentación y algunos elementos de

seguridad e higiene. En todas éstas no se le da intervención al juez sino a los Controladores de Faltas.

En la villa 21, personal policial junto a dos testigos, dos miembros del cuerpo de Investigaciones Judiciales y un inspector de la Dirección General de Seguridad e Higiene, encuentran al tallerista textil clandestino a cargo de la “chipería” buscada. Junto a él, tres empleados, todos de nacionalidad paraguaya, fabrican chipá en condiciones precarias y sucias, propias de la “emergencia sanitaria” del improvisado asentamiento. Se extraen fotografías del lugar, incluso de las anotaciones hechas en la pared de teléfonos y nombres y se clausura por falta de habilitación, higiene y seguridad. Se labran seis actas y se decomisan 23 kg de mercadería sin hallarse elementos que acrediten la organización de venta de chipá. De las bolsas de harina para chipá se obtienen los datos de los proveedores, todos con domicilio en la Provincia de Misiones. Parecería que la investigación va a llegar hasta el que planta la mandioca pero sólo se le da intervención a los Controladores de Faltas.

También reiteran el allanamiento al comercio de pan que estaba de vacaciones.

El ingreso lo hace personal policial acompañado por dos miembros del Cuerpo de Investigaciones Judiciales y dos testigos, encontrando en su interior a cinco trabajadores elaborando pan y “derivados”. Secuestran papeles pegados en la pared a modo de anotaciones de pedidos destinados a la Provincia de Buenos Aires, dos cuadernos con pedidos para ambas márgenes del Riachuelo, recibos “no válidos como facturas”, sueltos y abrochados, cuadernos con planillas de reparto, gastos de combustible y “anotaciones varias”. En la vivienda familiar contigua secuestran recibos de gastos de teléfono y gas. Extraen copias de la documentación correspondiente a dos automóviles.

Luego la investigación se va centrando en los puestos de venta ambulante ubicados en la Plaza Constitución, en particular dentro del Mausoleo donde se guardan los restos de Juan Bautista Alberdi, quien sentó las bases de nuestra Constitución Nacional y ahora, paradójicamente, la base de su monumento alberga tablonés, caballetes, calentadores a gas y otros implementos de poca monta

que los puesteros usan a diario para vender café, chipá, facturas, golosinas, etc.

Durante los meses de enero, febrero y marzo del 2010 personal calificado del Cuerpo de Investigaciones de la Fiscalía vigila, filma e informa, por la mañana y por la tarde, el movimiento de las camionetas, de los vendedores ambulantes y de lo que sucede en el Mausoleo de Alberdi. Se interceptan e identifican nuevas camionetas y otras ya conocidas.

Llegado el mes de abril, el Fiscal pide al Juez de la causa que autorice el allanamiento del Mausoleo para poder establecer “quién o quiénes se encuentran a cargo de la organización de las actividades de venta de panificados y otros bienes en la vía pública y descubrir quién les provee la organización y ayuda para poder llevar a cabo la actividad en contravención a lo establecido en el art.83 de la ley 1472 y contraviniendo lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma de mención que reprime ese tipo de organizaciones”.

Días después, orden judicial mediante, la policía llama a la puerta del Mausoleo de Alberdi donde es atendida por un sujeto que no opone reparo al ingreso. La policía va acompañada de dos testigos, un funcionario de la Fiscalía y otro del Gobierno de la CABA. Se secuestran dos ollas, previo desechar la leche que había en su interior calentándose, dos garrafas de gas y seis termos de plástico.

En los puestos de las inmediaciones al Mausoleo se decomisa un número no determinado de tortas fritas y facturas. Se labran dos actas contravencionales por venta ambulante sin permiso a dos puesteros uruguayos que residen legalmente en el país.

De la causa no surge si esta venta ambulante tiene relación con los negocios allanados y los automóviles interceptados en primer término.

En el mes de septiembre las partes arriban a una *probatión* como alternativa para clausurar el proceso contravencional abierto, se producen siete audiencias para cada uno de los imputados, quedando sometidos al control punitivo durante un promedio de seis meses debiendo realizar los fabricantes de chipá de la Villa 21 tareas comunitarias por un total de 40hs; los puesteros cercanos al Mausoleo de Alberdi: 20hs de tareas comunitarias y entregar 100kg de pro-

ductos panificados a un comedor de la zona; el resto de los panaderos allanados deben entregar, en total, 250kg. de sus productos y 50 docenas de medialunas a tres comedores comunitarios de la CABA.

En síntesis, la cantidad de procedimientos realizados durante varios meses por personal calificado de la Fiscalía porteña; los numerosos informes, fotografías, filmaciones obtenidas; las veinte intervenciones de jueces locales y de otras dos jurisdicciones del Gran Buenos Aires, los siete allanamientos, la interceptación de numerosos ciudadanos y vehículos, los dieciocho testigos convocados, los por lo menos veinte patrulleros y el centenar de policías Federales y Bonaerenses así como de distintas dependencias de contralor del Gobierno de la CABA; actuaciones que acumulan más de mil fojas, cinco cuerpos y gran cantidad de documentación reservada, no pueden sino llamar la atención cuando se visualiza el objetivo buscado: perseguir la organización de la venta ambulante de chipá y facturas en Plaza Constitución.

Más aun, que sin haber demostrado la Fiscalía de modo alguno que panaderos y chipaceros fueran los “organizadores” de la actividad lucrativa no autorizada en la Plaza Constitución, las partes acordaran y el juez homologa la sujeción a la *probation*.

La investigación apenas ha puesto en evidencia una verdad har-to conocida: una cadena de comercialización de absoluta irrelevancia en el “mercado”⁴, en los que unos “fabrican” chipá en una precaria vivienda de una villa de emergencia o facturas en panaderías barriales que otros revenden en la vía pública en porciones aun

4 “El (los) mercado(s) se caracteriza en el presente por su(s) composición(es) de una oferta propuesta por las grandes corporaciones y oligopolios capaces de generar una producción de bienes y servicios a través de las fronteras, los que sólo podrán rendir beneficios en la medida en que su origen sea el resultado de los más bajos costes, tanto en las materias primas como en el empleo de una fuerza trabajo mínimamente retribuida. Mientras, la demanda de tales bienes y servicios se limita a aquellos sectores sociales que poseen una suficiente capacidad adquisitiva como para poder adquirirlas, los cuales constituyen secciones muy restringidas de las sociedades contemporáneas”. *Violencia y sistema penal*, Roberto BERGALLI, Iñaki RIVERA BEIRAS, Gabriel BOMBIN (compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, 4.

mucho más insignificantes para su “mera subsistencia”⁵ lo que torna atípica la conducta.

Nada indica que estos vendedores trabajen para los panaderos obedeciendo sus instrucciones conforme un plan o estrategia de colocación de estos productos ajenos⁶. Por el contrario, en la “chipería” no se hallaron elementos de prueba que acrediten la existencia de una organización de venta clandestina y en las panaderías locales se hallaron tickets de venta que la misma Fiscalía presume corresponder a la venta ambulante. Es decir, transacciones periféricas entre pequeños comerciantes y revendedores⁷.

5 “Cuando la norma alude a ‘mera subsistencia’ se refiere a aquellas situaciones en que la persona realiza esa actividad sólo para satisfacer las necesidades básicas, propias y de la familia a su cargo, pues no cabe otorgar otro alcance al término subsistir” (Cámara penal Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala I, causa 249/05 “M.C., R. s/art.83 CC”).

6 “Para que pueda ser subsumida dentro del concepto de organizador, la conducta desarrollada por el sujeto activo requerirá no sólo haber participado en la decisión colectiva, sino también haber organizado al grupo de personas que ejercerán la conducta típica, determinando el lugar de su desarrollo y la actividad concreta a realizar. El precepto no exige que quien organice sea necesariamente quien entregue la mercadería, aunque dicho factor, eventualmente, pueda ser tenido en cuenta al subsumir la conducta en la norma. Lo determinante para calificar como perteneciente a organizador una conducta radica en que sea el autor quien haya puesto los medios físicos y económicos para que la actividad lucrativa se haya desplegado en la vía pública sin la debida autorización”. Guillermo MOROSI- Gonzalo S. RUA, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 486.

7 “Más allá de cuestionar a la norma por confusa y por falta de recursos para cumplir con sus fines, el diputado la Porta dejó en claro que el fin era erradicar las mafias. Así, en el debate parlamentario de la norma expresó lo siguiente: “Es casi una audacia que avancemos en la sanción de este artículo cuando, en definitiva, lo que estamos haciendo no es atacar con suficiente claridad a las mafias, sino al hombre y a la mujer que han tenido que salir a vender por razones de necesidad extrema, porque no encontraron otra forma de satisfacer sus necesidades básicas” (cfr. “Acta de la 8ª sesión especial [continuación] 23/09/2004”, p. 94 y ss.”, *Código Contravencional...de MOROSI y RUA*, cit., comentario al art. 83.

El caso descrito corresponde a una causa contravencional en pleno trámite, cuya identificación, por tal razón, no puede revelarse. Podría considerarse de mínima aflicción el control punitivo impuesto si tomamos en cuenta la dureza de las condiciones carcelarias, los largos plazos de condena penal, el régimen de reincidencia, etc., pero se verifica su relevancia si se tiene en cuenta que sólo en 2009 se tramitaron en los juzgados contravencionales 9.126 casos por venta ambulante, siendo el número de actas labradas e intercepciones en la vía pública varias veces superior, para una mayor ilustración: de las 39.697 causas contravencionales ingresadas a las Fiscalías, se registran 294 condenas, 46 absoluciones y 1.694 *probation* resueltas por los jueces del fuero ⁸.

Corresponde, a este punto del relato, hacernos algunas preguntas.

¿Cuál es la razón por la que se persigue la venta callejera de facturas y chipás, destinando gran cantidad de recursos económicos y humanos altamente calificados, para reprimir una actividad de bajo o nulo impacto sobre la economía formal, en particular en lo que respecta al “chipa” que prácticamente no se vende en las panaderías porteñas? ⁹.

Por qué la *probation* es utilizada para mantener a sectores marginados del sistema de producción **dentro del control social punitivo**, enervando la intervención de la “agencia judicial penal” en vez de atenderse el conflicto en el área de desarrollo social de algún Ministerio?

8 Estadísticas extraídas de la página web del Consejo de la Magistratura de la CABA, correspondientes a las últimas publicadas, año 2009

9 “Los casos que encuadran dentro del concepto de ‘venta de mera subsistencia’ requieren para no constituir contravención que su ejercicio ‘no implique una competencia desleal para con el comercio instalado’. Para ello se requerirá no sólo determinar que se trate de un comercio que venda los mismos objetos que se exhiben en la venta ambulante, sino también comprobar la cercanía del local y la merma en las ventas del comercio establecido y el consiguiente aumento de venta en el local ambulante”, MOROSI-RUA, *Código Contravencional...*, cit., p. 491.

Por ejemplo, las contravenciones más numerosas están dirigidas contra los cuidacoches (4.198); prostitución (4.308); venta ambulante (9.126) y ruidos molestos (4.308) entre los que figuran los músicos callejeros ¹⁰.

Fiscales y jueces tienen en sus manos redirigir esta situación desechando la intervención punitiva (incluso la *probation*) en el conflicto social. No hay que olvidar que esta situación está provocada fuera del Poder Judicial por la inacción de otros sectores del poder cuyos operadores deben tomar cartas en el asunto.

La respuesta emerge desde la criminología crítica “al comprobar que el sistema penal no se preocupa en general por el castigo de ciertas conductas, sino por la selección de ciertas personas de la clase marginal que, por acción de factores sociales negativos anteriores a su intervención, se presentan ya como vulnerables al mismo y procede luego a aumentarles su vulnerabilidad mediante la creación o acentuación de un deterioro de la personalidad” ¹¹.

La persecución de la venta ambulante que se realiza sin atender el valor económico de lo que está en juego ni las condiciones materiales de vida de aquellos que recurren a esa actividad como forma de supervivencia, se enrola en la teoría sistémica que, aplicada al Derecho sirve para atacar el conflicto allí donde se manifiesta, reforzando la estructura productiva vigente sin cuestionar su carácter expulsivo-clasista, es decir, la causa de la manifestación del conflicto.

No existen dudas de que la producción artesanal de chipá de bajísima calidad y en cantidades insignificantes para el mercado porteño, así como su comercialización callejera, a cargo de personas evidentemente pobres, sin capacitación para otros trabajos, muchas veces analfabetas e indocumentadas, provenientes de regiones limítrofes en las que aún imperan extremas condiciones de desigual-

10 Estadísticas extraídas de la página web del Consejo de la Magistratura de la CABA, correspondientes a las últimas publicadas, año 2009.

11 Eugenio ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 26.

dad y explotación, no puede significar simplemente la infracción a la ley.

El “mantenimiento de la vigencia de la norma”¹² no puede sustituir el concepto de bien jurídico¹³ salvo que se intente recurrir a la eliminación de estos sectores que no aportan al sistema económico imperante, cuyo disciplinamiento hoy no es requerido porque no hay suficiente industria capaz de absorber esa mano de obra nula o poco calificada.

Desconsiderar sin más la desigualdad social subyacente y pretender un “estado de certeza” a cargo del Estado para asegurar las expectativas normativas de la víctima frente al autor, sin sondear que verdaderamente exista la “posibilidad -generalizada- de establecer compromisos”¹⁴ entre iguales, que validen esas expectativas, habla de un uso irracional del Derecho Penal¹⁵.

12 Günter JACKOBS- Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*. Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 53 entre otras.

13 “Es por eso que la ilicitud penal requiere de varios niveles, que en primer lugar haya un bien jurídico protegido, esto es, una necesidad elemental para una relación social valorada jurídicamente. En segundo lugar que haya efectivamente una afección a ese bien jurídico protegido, es decir un resultado jurídico, es la exigencia de objetividad y no de subjetividad de la imputación, de otro modo no se estaría ante un derecho penal del hecho, sino de autor. Ello es una garantía básica del derecho en su conjunto, de la que ciertamente el derecho penal no podría prescindir...”. Juan BUSTOS RAMÍREZ. *Antijuridicidad y causas de justificación. Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 34.

14 Jürgen HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1995, p. 86.

15 Se ha sostenido para descartar la “mera subsistencia”, elemento que torna atípica la conducta de venta ambulante sin permiso, interpretado en este caso como eximente de culpabilidad, que “La crisis económico social, la marginalidad y la pobreza son fenómenos de injusticia social que han ido en orden ascendente en los últimos años y, desde ya, no escapan a nuestro conocimiento y aflicción. Hoy día, lamentablemente, son males generalizados en todo el país y sin que se vislumbre por el momento sean erradicados. Pero no es menos cierto que dicha situación, precisamente por ello, no deviene en forma excepcional ya que por el

“Mientras haya derecho penal, y en las actuales circunstancias parece que habrá ‘derecho penal para rato’, es necesario que haya alguien que se encargue de estudiarlo y analizarlo racionalmente para convertirle en un instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, denunciando además sus contradicciones y las del sistema económico que las condiciona”¹⁶.

La *probation* es utilizada para esta clase social más castigada como una pretendida alternativa socializadora, adecuando las reglas de conducta a esa “misión”: cursos de cómo utilizar correctamente profilácticos para quienes ejercen la prostitución, donaciones de leche en polvo a los hospitales de niños para el prostituyente, cursos de manipulación de alimentos para los que los venden en la calle, tareas comunitarias para el que se gana la vida cuidado coches o la obligación de entregar alimentos a quienes se les ha decomisado los mismos por carecer de permiso. Lejos están estas medidas de la “clínica de la vulnerabilidad”¹⁷ y son definitivamente una alternativa de control social punitivo y no al control punitivo.

De este modo se aplica lo que se presenta falsamente como una ALTERNATIVA AL PROCESO PENAL, cuando en realidad el imputado sigue sujeto a un expediente en donde debe cumplir una serie de obligaciones, muchas de las cuales coinciden con la propia sanción que pudiera recaerle (ej. el decomiso de la mercadería se-

contrario se ha ido manteniendo inexorablemente hasta nuestros días. Mal que nos pese, esta inestabilidad global no puede ser el disparador para el otorgamiento de permisos y/o disculpas indefinidas en el tiempo, aplicables a todos y cada uno de los casos en particular que puedan presentarse en virtud de este contexto socioeconómico imperante. Creemos, sin temor a equivocarnos, que ésa no ha sido la finalidad del instituto disculpante cuya aplicación como se apuntó es restrictiva. (C. Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala I, 22/11/2005, causa 320-01-CC/2005, ‘Vallejo, Oscar Alberto s/art.83 C.C.’) citado por MOROSI y RUA en su *Código Contravencional...* cit., p. 499.

16 Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*. Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 37.

17 Eugenio ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, cit., p. 24.

cuestrada, trabajos a favor de la comunidad, entrega de sumas de dinero, etc.).

Concretamente, debido a las consecuencias que implica la sujeción a un proceso, debe el juez rechazar la solicitud de *probation* cuando “no tiene por configurado los extremos típicos del delito en relación con el imputado” por cuanto “el dominio de la acción” del Fiscal “no permite imponerle al Juez un resultado (*probation*) que restringe un ámbito de decisión que le es privativo”¹⁸.

La **aplicación automática de la *probation***, puede deteriorar la vida de miles de personas, amenazando sus “espacios sociales de autorrealización”, con la consiguiente legitimación del poder ajeno y la reducción progresiva del propio¹⁹.

Otra cuestión, vinculada a la racionalidad de la *probation*, se refiere a la práctica frecuente de imponer como reglas de conducta, pautas similares a la pena adjudicable en caso de condena, en este caso, la de entregar dinero a una entidad de bien público o realizar tareas comunitarias.

Efectivamente, la venta ambulante sin permiso y la organización de la misma se encuentran amenazadas con pena de multa, la que bajo determinadas condiciones puede convertirse en trabajos de utilidad pública o en arresto²⁰.

18 Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Expte. 6454/09 “Ministerio Público- Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Benavidez Carlos Maximiliano s/inf.art.189 bis CP”.

19 *Derecho Penal, Parte General*, ZAFFARONI- ALAGIA- SLOKAR, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 25.

20 Art. 29 Código Contravencional: Multa: La multa es la sanción pecuniaria a pagar por el contraventor/a, en moneda de curso legal...No se impone la sanción de multa a quien no tiene capacidad de pago.

Ar. 30: Multa. Pago. Reemplazo: El juez/a puede autorizar al contraventor/a a pagar la multa en cuotas, fijando el importe y las fechas de los pagos, cuando el monto de la multa y la situación económica del condenado/a así lo aconseje. Si por causas sobrevivientes a la sentencia condenatoria, el contraventor/a demuestra carecer totalmente de bienes, el juez/a podrá reemplazar la multa no cumplida

Se pretende seguir así una tradición de cien años acuñada después de “la gran guerra” europea para pequeños delitos y violaciones a normas de naturaleza policial o administrativa con la que se intentó sustituir gradualmente la pena de prisión, para proveer de mano de obra a la reactivación industrial europea, facilitando el pago de las multas en cuotas y hasta eximiendo su pago a aquellos que carecen la capacidad “objetivamente de hacerlas efectivas”²¹.

Pero teniendo en miras ese contexto económico europeo y el perfil del sujeto destinatario de la pena pecuniaria, no se justifica su aplicación a la represión de la venta ambulante que, cuando apenas supera el umbral de la “mera subsistencia” deviene típica e incluso antijurídica y culpable, si se verifica en un contexto de pobreza estructural, conforme jurisprudencia citada²².

¿Cómo habrá pensado el legislador y el juez que aplica “técnicamente” la ley, que pagará el condenado la multa sin recurrir a la misma actividad que lo llevó a transgredir la norma?²³.

por la sanción de trabajos de utilidad pública. En caso de incumplimiento injustificado de la sanción de multa se aplica lo dispuesto en el art.2 4, excepto en los casos en que el condenado sea una persona de existencia ideal, en los que se procede a la ejecución forzada de la sanción.

Art. 24: Sanciones substitutivas. Cuando el contraventor injustificadamente no cumpla o quebrante las sanciones impuestas, el juez puede sustituirlas por trabajos de utilidad pública o excepcionalmente arresto. Esta medida puede cesar cuando el contraventor manifiesta su decisión de cumplir la sanción originariamente impuesta, o el resto de ella. En los casos que fuera procedente la medida referida en el párrafo precedente, el juez/a efectúa la conversión a razón de un (1) día de arresto o un (1) día de trabajos de utilidad pública no cumplidos. En tal supuesto, la sanción substitutiva a aplicarse no puede exceder el máximo previsto para dicho tipo de sanción en el tipo contravencional respectivo.

21 Georg RUSCHE- Otto KIRCHHEIMER, *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, pp. 204 y 205.

22 Fallo “Vallejo, Oscar Alberto s/art.83 C.C.” citado por MOROSI y RUA en su *Código Contravencional ...*, cit., p. 499.

23 “Si pese a todos los inconvenientes señalados, puede llegar a suponerse la intención del Estado de asegurar un respeto mínimo a la legislación laboral, en

Si la pena pecuniaria tuvo históricamente un objetivo disuasivo, no reeducativo, fue en consideración al tipo de sujeto al que estaba dirigido: acreedor de un ingreso regular, por pequeño que sea pero sustentable, que no es el caso que nos ocupa.

Por tal razón su conversión en trabajos de utilidad pública (o su evitación a través de tareas comunitarias dispuestas en la *probation*) es, para el caso, aun más difícil de explicar: no se trata de sujetos reticentes al trabajo cuyo disciplinamiento al estilo BENTHAM (1748-1832) sea necesario forjar.

Es más, muchos de estos trabajadores que han hecho todo lo necesario para obtener el permiso que los habilite a realizar esa actividad que le da el sustento diario, están vinculados con las entidades de bien público donde son enviados a cumplir las tareas comunitarias, porque reciben de ellas ayuda y, en no pocos casos, porque ellos mismos han participado de su organización en la crítica coyuntura económica, social y política de 2001.

El recurso al trabajo comunitario como sanción, o como regla de conducta en el marco de una *probation*, para quienes les sobra capacidad y voluntad de trabajo pero por razones ajenas a su voluntad no pueden sostenerlo en la vía pública, ni en otra parte, recuerda al trabajo carcelario meramente punitivo de las casas correccionales

otro grupo de delitos -como la mendicidad y la prostitución, que en muchos países son sancionadas con penas pecuniarias- el Estado, sin embargo, no tiene siquiera la intención de poner fin a una situación considerada como indeseable. Lo único que se persigue en estos casos es el control de los individuos y la imposición de la obediencia a ciertas reglas formales. De todas las prostitutas condenadas en Inglaterra en 1928 y en 1934, al 89% se les impuso el pago de penas pecuniarias, la misma pena se impuso en 1928 al 67% y en 1931 al 67% del total de los acusados de violar las leyes contra la vagancia. Es más que obvio que la finalidad de las penas de esta clase está alejada de toda idea de resocialización; si no fuera así resulta imposible entender por qué se aplica una pena de tipo pecuniario precisamente a aquellos a quienes se sanciona por la forma en que se ganan la vida ya que el dinero para cumplir la obligación con el Estado no puede provenir normalmente de otra fuente más que de la ecuación por la que son reprimidos”, Georg RUSCHE-Otto KIRCHHEIMER, ob. cit., p. 212.

europas de principios del S. XIX, cuando el trabajo carcelario ya no era rentable y no había forma de solventar los gastos de una altísima población proveniente de sectores indigentes que veían en la cárcel un refugio. Para disuadirlos de tal objetivo se los sometía a ocupaciones sólo a modo de castigo: “Reclusos transportando enormes piedras de un lugar a otro para luego retornarlas a su emplazamiento original; trabajos de bombeo en los que el agua regresaba finalmente a la fuente de la que era succionada, o accionar molinos que no cumplían función alguna”²⁴.

“La única conclusión posible en este caso es la de que el Estado aplica penas pecuniarias porque desaprueba esta suerte de actividades, aunque no está dispuesto seriamente a terminar con ellas; en otras palabras, el Estado se limita a la aplicación de tales penas porque no está interesado en los problemas de dichas clases sociales y mucho menos en su rehabilitación. Además, en última instancia, porque las penas privativas de libertad resultan un medio antieconómico para hacer frente a las dificultades administrativas y financieras”²⁵.

Si el Estado, y me refiero incluso al Poder Judicial, no puede establecer pautas de convivencia democráticas y respetuosas de los derechos humanos, asignando recursos y restringiendo la intervención punitiva, el conflicto cae en “una situación anómica que repercute en el comportamiento de los individuos”²⁶ marginados por el sistema del mercado laboral y sometidos como delincuentes por el Derecho Penal.

La cuestión consiste entonces en avanzar hacia “la reconstrucción científica de la realidad”²⁷ y, haciendo un uso racional del De-

24 Georg RUSCHE- Otto KIRCHHEIMER, *Pena y Estructura Social*, cit., p. 132.

25 Georg RUSCHE- Otto KIRCHHEIMER, ob. cit., p. 212.

26 MERTON, citado por MUÑOZ CONDE en *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 25.

27 Alessandro BARATTA, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, México (edición en español) 1986, p. 163.

recho Penal, se busquen otros objetivos verdaderamente transformadores que inviertan la relación hegemónica del sistema a favor de las clases subalternas, por ejemplo, sin salirnos de caso mencionado, reforzar la intervención de la policía del trabajo (ley 265) en el taller textil clandestino casualmente descubierto, otorgándole vigencia en el fuero local a las contravenciones y pequeños delitos previstos en Ley de Trabajo a Domicilio (12.713), sancionada en 1941 ²⁸.

Al mismo tiempo, y en lo que al tema aquí tratado interesa, que el juez se encuentre con la libertad e independencia de valorar la conducta respecto de la cual, por su decisión, quedará sometido el imputado a *probation*.

El Código Contravencional de Buenos Aires establece que el “imputado de una contravención” “puede acordar” con el Fiscal una *probation* “sin que ello implique admitir su responsabilidad”. Estos extremos deben ser valorados en su significado y alcance, uno a uno por el Juez de Garantías. Esto es, en primer término, verificar *prima facie* la existencia de un injusto jurídico (que el hecho sea típico y antijurídico), porque de lo contrario la *probation* carecerá de toda legitimidad por faltarle una referencia lógica.

En segundo lugar, debe el Juez conocer si hay un acuerdo entre las partes y, eventualmente, la razón por la cual -excitada igualmente su intervención- no se pudo arribar al mismo.

Por último, si las reglas de conducta favorecen el compromiso asumido por el imputado, si por el contrario carecen de toda aptitud preventiva o simplemente constituye un anticipo de pena o la pena misma.

El primer tema, la construcción de un razonamiento científico que legitime la intervención punitiva a través de la *probation*, sobre una conducta que en un primer y provisorio examen aparezca como

28 Vilma BISCEGLIA, “Talleres clandestinos. Segunda parte. Sobre la construcción de un modelo de Fiscalía porteña que persiga la clandestinidad en el ámbito de la empresa”, publicado en ELDial. com. Biblioteca Jurídica Online, www.eldial.com.ar suplemento Penal y Contravencional de la C.A.B.A. Marzo 2009.

un hecho típico y jurídico, es absolutamente infrecuente, verificándose en la práctica que al Juez de Garantías le basta que el Fiscal requiera juicio en los términos del art. 44 de la ley de Procedimiento Contravencional o que haya efectuado una imputación concreta al acusado en audiencia realizada en la Fiscalía en los términos del art. 41 del mismo cuerpo legal. Se podría decir que prácticamente hace suya la determinación fiscal del hecho y su encuadramiento típico, reproduciéndolo o incluso omitiendo toda referencia al mismo en los fundamentos de la concesión de la *probation*.

Incluso era práctica frecuente que el Juez recibiera para homologar la *probation* acordada con el imputado sólo un incidente, un pequeño legajo en el que constaba la imputación fiscal en cualquiera de las modalidades mencionadas y el acuerdo arribado, sin los antecedentes que le daban sustento a tal imputación, que en el sistema acusatorio es clave, por cuanto, tal como mayoritariamente tiene dicho el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, “el juez siempre se mueve en el ámbito de resolución de la pretensión punitiva y no en el ejercicio de la acción”. Por lo tanto, “la razón por la que es el Juez en el encargado de acordar la *probation* reside en que nacen, en el marco del instituto y por consentimiento del imputado, obligaciones especiales para éste cuya voluntad no puede estimarse libre de presiones. La figura del juez es necesaria pues para establecer si ese sometimiento puede sustentar decisiones de carácter jurisdiccional...”²⁹.

Es imposible disociar el análisis jurídico de la emergencia y ésta debe ser tenida en cuenta para defender los derechos civiles, políticos y sociales de los más débiles, no para la defensa del Estado y sus necesidades³⁰.

29 Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Expte. 6454/09 “Ministerio Público- Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Benavidez Carlos Maximiliano s/inf.art.189 bis CP”.

30 Horacio Ricardo GONZÁLEZ, *Estado de no derecho. Emergencia y derechos constitucionales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

El art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dice que “la Ciudad protege el trabajo en todas sus formas”, el art. 11 expresa que “La ciudad promueve la remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. Y el art. 10 reafirma que “Los derechos y garantías no pueden ser negados y limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.”

Queda claro que estamos frente a un constitucionalismo social que en nada se compadece con “una época de nihilismo en que las políticas públicas se reducen al cero, a la nada (déficit cero, tolerancia cero)”³¹.

Cualquier interpretación teórica de la realidad, es decir, en el caso que nos ocupa, de la persecución penal de “cualquier forma de trabajo”, tiene que estar ligada al compromiso “de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad”, propósito exclamado en nuestro Preámbulo local, en la praxis olvidado.

Es necesario reivindicar el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal: despenalizar, contraer al máximo el sistema punitivo y tener presente en todo momento que es función de la jurisdicción penal poner limite a los otros poderes: “...el objetivo de justificación del proceso penal se identifica con la garantía de las *libertades* de los ciudadanos, a través de la garantía de la *verdad* -una verdad no caída del cielo, sino obtenida de pruebas y refutaciones- frente al abuso y el error. Es precisamente esta función garantista la que confiere valor político e intelectual a la profesión del juez, exigiendo de él tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación

31 Iñaki RIVERA BEIRAS, “Los actuales horizontes punitivos (un ensayo de luces y sombras)”. Artículo publicado en *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Roberto BERGALLI, Claudio MARTYNIUK. Compiladores”, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2003. p. 345.

y duda como hábito profesional y como estilo intelectual. Para su realización, mientras no es necesario el consenso, que puede ser incluso perjudicial, es posible pero no preocupante el disenso de la mayoría. Hay un solo sujeto del que hay que procurar que los jueces tengan, si no el consenso, sí al menos la confianza, gracias a idóneas garantías de recusación y sobre todo a una recta deontología profesional: este sujeto es el imputado, habitualmente expresión no de la mayoría, sino de minorías más o menos marginadas y siempre en conflicto con el interés punitivo del Estado y sus expresiones políticas”³².

Retomar la “obligada relación histórica entre el fenómeno y los ámbitos social, político, cultural y económico en que aquél se manifiesta”³³ permitirá al juez garantista apartar de la mira punitiva a aquellos sujetos sometidos por relaciones sociales de dominación, de los cuales sí debe ocuparse el resto de los poderes del Estado replanteándose la estrategia de control y desarrollo social impuesta.

32 Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, 7ª edición, Madrid, 2005, p. 546.

33 Roberto BERGALLI-Juan BUSTOS RAMÍREZ, Presentación a *Pena y estructura Social* de RUSCHE y KICHHEIMER, Editorial Temis, Bogotá, 1984.