

Criminalización de la pobreza. Vida privada

TEDH. *Affaire Lacatus c. Suisse*,
19 de enero de 2021

Por Claudio E. Guinazú¹

1. La pobreza, entre la asistencia y la criminalización²

Las intervenciones estatales respecto de la pobreza oscilan entre la asistencia social y la represión, sumiendo a las personas que subsisten en tal condición en una “zona de penumbra” entre el derecho de la seguridad social y el derecho penal, que las ubica –simultáneamente– como destinatarias de políticas de asistencia y de la política criminal. La intersección entre ambas esferas se remonta a los profundos cambios políticos, económicos y sociales de fines del siglo XIX, donde cuestiones de derecho penal y política penitenciaria aparecen estrechamente vinculadas con cuestiones de política social, como la gestión de los asilos para pobres.

¹ Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Profesor Invitado en la Maestría en Administración Pública (II-FAP, UNC). Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (CIJS-UNC). Prosecretario Administrativo y Defensor Público Coadyuvante en la Defensoría Pública Oficial N° 2 ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba.

² Agradezco a Andrés Rossetti por sus comentarios y observaciones a una versión preliminar de este trabajo, y a Horacio Etchichury, con quien discutí algunos conceptos y apreciaciones aquí vertidos. El resultado final es de mi exclusiva responsabilidad.

Así, se ha expresado que las “nuevas racionalidades sociales y penales entraron en funcionamiento cuando, con el correr del tiempo, se creó un conjunto de instituciones penal-welfaristas sobre la base de una serie de principios y compromisos ideológicos nuevos, que lo distinguió del liberalismo del siglo XIX y lo vinculó con el naciente modo de gobierno que se conocería como “Estado de bienestar” (Garland, 2018: 24).

De algún modo, esta zona de penumbra encuentra su correlato en el derecho, donde subyacen y coexisten dos concepciones morales antagónicas respecto de la pobreza, ambas con profundas raíces religiosas. Una, que la considera un flagelo natural, cuyas consecuencias deben minimizarse, pero que responde ante todo al orden natural de las cosas, como las catástrofes naturales, un orden que resultaría inútil y peligroso pretender alterar. Y otra que la considera una cuestión de justicia social, cuyas causas pueden y deben ser combatidas (Supiot, 2014: 82).

En la actualidad, la tensión entre ambas concepciones puede ser entendida como una forma de manifestarse otra tensión, tanto en el orden jurídico internacional como en el orden estatal interno, que se presenta entre las demandas del mercado, protegidas por normas que priorizan la libre producción y circulación del capital, por un lado, y los derechos humanos, resguardados por normas universales y regionales que priorizan la protección de la persona, por el otro.³

En las últimas décadas, el auge de las políticas de corte neoliberal dio lugar a un mayor control y disciplinamiento sociales de las personas pobres, determinando un desplazamiento hacia –y una prevalencia de– las políticas represivas, por sobre las de protección social. Se pasa así del “Estado providencia al Estado penitencia” (Wacquant, 2004: 88). Al describir este desplazamiento en Gran Bretaña, se ha expresado en términos foucaultianos que (s)i las consignas de la socialdemocracia de posguerra habían sido *control económico y liberación social*, la nueva política de los años ochenta impuso un marco bastante diferente de *libertad económica y control social*. Y aunque este movimiento reaccionario proclamaba que estaba deshaciendo el régimen político y cultural desarrollado desde la guerra, en realidad su ataque contra la modernidad tardía tomó una forma muy particular y dejó intocados, en gran medida, los principales dispositivos sociales (Garland, 2005: 174).

También se apuntó que (l)os sistemas de justicia penal de algunos de los países occidentales desarrollados han cambiado a fin de estar en sintonía con el consenso económico de Washington... Han debido cambiar a efectos de encajar en un mundo de desigualdades crecientes y en algunos casos chocantes, en el que se ha terminado la seguridad en el empleo y el derecho a la jubilación. Esto coincide con

3 Para la primera concepción, las personas pobres tienen una responsabilidad individual de su pobreza, fundada en su propia culpa, por lo que no existe respecto de ellas ni una responsabilidad jurídica del resto de la comunidad ni del propio Estado, remitiéndose, a lo sumo, deberes morales de asistencia, de las que resultan meras “beneficiarias”. Para la segunda concepción, quienes se encuentran en condición de pobreza deben considerarse y tratarse como verdaderas y verdaderos “sujetos de derecho”, entendiéndose que la pobreza comporta una violación de un cúmulo de derechos humanos, y que es también una consecuencia de acciones y omisiones de los detentadores del poder político, económico y simbólico. Se propone aquí un desplazamiento de la responsabilidad hacia la comunidad y el Estado, y hacia quienes se favorecen de un orden socio-económico injusto. Hemos desarrollado estas y otras ideas en Guiñazú (2015a).

la desaparición gradual de las redes de seguridad social para los menos afortunados y los que tienen menos talento para vender en el mercado (Stern, 2008: 7).

La prevalencia del castigo a la pobreza alcanzó casos extremos, donde la convergencia entre las políticas de protección social con las represivas se tradujo –lisa y llanamente– en la criminalización de ciertas políticas sociales, con lo que la pobreza y la exclusión social resultan redefinidas como cuestiones criminales referentes al control de las conductas consideradas riesgosas o molestas (Stern, 2008: 9).⁴ Las personas indigentes incorporadas a programas sociales son ahora tratadas como los “símbolos culturales de los delinquentes que han infringido el derecho cívico del trabajo asalariado” (Wacquant, 2010: 102).

En este marco, la práctica de la mendicidad resultó objeto de una consideración ambivalente –entre la conmiseración y el desprecio cristianos– que se remonta a tiempos premodernos (Castel, 1997: 46). Quienes practicaban la mendicidad y el vagabundeo eran a veces objeto de la caridad o asistencia, y más frecuentemente objeto de la persecución y el castigo, considerados “inútiles para el mundo”. Su represión alcanzó casos extremos con la “legislación sanguinaria”, adoptada por las monarquías en Francia e Inglaterra en el siglo XVI, que llegó a contemplar hasta la pena capital (Castel, 1997: 93). En la misma línea, en referencia al derecho a mendigar, se expresó que (e)n los siglos XVII y XVIII, al mendigo se lo acusaba de separarse de lo social, de romper el orden de las cosas. Se veía en él a un individuo egoísta, que procuraba falsear las reglas del intercambio rechazando sus deberes. Una crítica semejante suponía paralelamente, desde luego, que cada uno tenía su lugar asignado en el organismo social. En una sociedad coercitiva, esta integración podía estar en realidad más o menos asegurada, en todo caso a partir de que cada uno aceptaba, sin protestar, el lugar al que se lo destinaba. La revolución individualista hizo que esta visión caducara. La relación con la mendicidad y la vagancia, sin embargo, no se modificó: a tal punto que seguía siendo pregnante su expresión moralista. Solo cambiaron los argumentos. En lo sucesivo se reprochó al mendigo que no jugara el juego de la autonomía individual, que rechazara entrar en la edad de la responsabilidad personal (Rosanvallon, 2004: 178).

La criminalización de la mendicidad se mantuvo en los Estados de bienestar, aunque coexistiendo con políticas sociales. De tal modo, las personas que mendigan conforman un caso emblemático en la zona de penumbra antes descrita. Con el advenimiento de la lógica neoliberal y el consiguiente repliegue de la intervención estatal en materia económica y social, se produjo una ampliación de las políticas represivas, intensificando la persecución penal de la mendicidad. De acuerdo a esta lógica, la mendicidad es considerada “un desgaste de los recursos sociales, así como un lastre a la economía de las ciudades, sobre todo aquellas cuya principal fuente de ingresos es el turismo y el sector servicios” (Luque, 2016).

Ante el ascenso de la xenofobia y la hostilidad hacia las y los pobres, este endurecimiento de la respuesta punitiva fue impulsado por la “criminología de la intolerancia”, que persigue erradicar de las calles las “conductas protocriminales” (Wacquant, 2006: 301) de las personas indeseables. En los hechos la

⁴ La autora aborda, como caso representativo de criminalización de una política social, una ley británica de 2001 que contempla la pena de prisión para las madres y los padres que no envíen a sus hijas/os a la escuela.

actividad policial desplegada en nombre de la “tolerancia cero” se tradujo en estrategias de “intolerancia selectiva” contra determinados grupos de personas y en ciertas zonas simbólicas (Wacquant, 2004: 17). De este modo, se apuntó que (l)a ingesta de bebidas alcohólicas en lugares públicos... la vagancia, la mendicidad, dormir en lugares públicos, ser “incivil”: estas conductas dejan de ser molestias tolerables o signos de remordimiento para la conciencia de la clase media para convertirse en la materia desordenada de la que se alimenta el delito grave... Actualmente se cree que cada delito menor, cada acto de conducta desordenada –en especial los cometidos por gente pobre en los espacios públicos– deteriora la calidad de vida. En la sociedad con tasas de delito elevadas se piensa que los delitos menos graves se acumulan y que “la comunidad” es la víctima colectiva y universal (Garland, 2005: 296).

En la actualidad, numerosos países reprimen la práctica de la mendicidad mediante leyes y ordenanzas de diversa jerarquía, y con dispar alcance, sea como prohibición de carácter general o para ciertas modalidades comisivas, tal como el uso de medios fraudulentos o amenazantes, o con la intervención de niñas o niños. En la penalización de la trata de personas, la mendicidad ajena aparece como una de las modalidades de explotación, aunque en este caso quien practica la mendicidad resulta ser una víctima del tratante (Álvarez et al., 2019: 133).

En el caso “*Lacatus c. Suiza*” que aquí se comenta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Estado por multar a una mujer extranjera y pobre que había mendigado de forma inofensiva, y luego detenerla por no pagar la multa. Sostuvo que, al obrar de tal modo, Suiza había violado el *derecho a la vida privada* protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. La sentencia del TEDH

La demandante, Violeta-Sibianca Lăcătuș, de 29 años, de nacionalidad rumana, es indigente, analfabeta y pertenece a la comunidad romaní (gitana); está desempleada, no recibe asistencia social ni ayuda de terceras personas para subsistir. Fue multada en nueve oportunidades por mendigar –con una taza– en la vía pública en Ginebra, entre julio de 2011 y enero de 2013. Apeladas tales multas, en enero de 2014 un “tribunal de policía” de ese cantón la declaró culpable de mendicidad y la condenó al pago de una multa de 500 francos suizos (aproximadamente 464 euros) por infringir el artículo 11A de la Ley penal de Ginebra (LPG), según el cual “todo aquél que mendigue será castigado con una multa”. Dispuso además su privación de la libertad en caso de no pago de la multa. Luego del rechazo de los recursos ante la Cámara de Apelaciones del cantón y ante el Tribunal Federal suizo, en marzo de 2015, la demandante estuvo cinco días privada de su libertad por no abonar la multa.

Por tal motivo, acudió al TEDH invocando la violación del *derecho a la vida privada* (art. 8 CEDH), a la *libertad de expresión* (art. 10 CEDH) y la *prohibición de discriminación* (art. 14 CEDH), argumentos que habían sido rechazados por los tribunales suizos. Entre otras cosas, expresó que al reprimir la mendicidad la LPG se dirige especialmente a los pobres, con lo que contribuye a estigmatizar, sin base objetiva, a un grupo de personas especialmente vulnerable, del que ella forma parte (*Affaire Lacatus c. Suisse*, § 62). Señaló que la supuesta *protección de la clientela* de los comerciantes constituye un riesgo

de perjuicio comercial que el Estado no tiene por función proteger (Ídem, § 63); agregando que la mendicidad no es capaz, en sí misma, de alterar el orden público. Respecto de los acampes que supuestamente montan los mendigos, indicó que si las autoridades de Ginebra desean erradicar esa práctica deberían abrir albergues de protección civil durante todo el año, y no solo en invierno (Ídem, § 64).

Puesto que el Estado expresó que el fenómeno de la mendicidad puede *disminuir el atractivo de la ciudad como destino turístico*, la demandante replicó que se pierde de vista que mientras no se erradique la pobreza del mundo, siempre habrá personas que irán a las ciudades en las que la opulencia y la riqueza sean un gran atractivo (Ídem, § 65). En orden al argumento del Estado sosteniendo que los mendigos son frecuentemente explotados por redes mafiosas, señaló que ello es inexacto, y además contradictorio, puesto que –si así fuera– resulta incomprensible que las víctimas de estas redes sean castigadas penalmente, en lugar de ser protegidas (Ídem, § 65). Indicó que el Estado omitió valorar que un tribunal irlandés sostuvo que la prohibición general de la mendicidad violaba la libertad de expresión y resultaba desproporcionada (*Dillon v. Director of Public Prosecutions [2008] IIR 383*) (Ídem, § 66). Señaló que el acceso a la ayuda financiera, que el Gobierno destina a las personas indigentes en Ginebra, exigía extensas gestiones administrativas que una persona analfabeta no puede afrontar por sí sola, resultando inexplicable cómo habría de sobrevivir durante los meses que requiere el examen de la solicitud. Realizar tal trámite la expone además al riesgo de que se le prohíba la entrada en Suiza, puesto que la Ley de Extranjería exige disponer de medios económicos para su estancia en el país (Ídem, § 68). Expresó, por último, que el Gobierno no consideró su condición de analfabeta, ni que había solicitado sin éxito realizar tareas domésticas en Ginebra (Ídem, § 71), agregando que no tiene otra opción que pedir limosna, ya que para ella se trata de una cuestión de supervivencia (Ídem, § 72).

Por su parte, el Gobierno suizo sostuvo que las condenas cuestionadas se fundaron en el artículo 11A de la LPG, por lo que debían considerarse “previstas por la ley”, en los términos del artículo 8, apartado 2 del CEDH; señalando que la prohibición de la mendicidad persigue numerosos objetivos contemplados por este artículo, como la defensa del orden y la seguridad públicos, el bienestar económico del país y la protección de los derechos de terceros. Sobre la necesidad de la medida en una sociedad democrática, afirmó que los Estados regulan de diferente manera la mendicidad, a la luz de lo cual su prohibición constituye una cuestión política controvertida en los países miembros del Consejo de Europa. Por lo tanto, debe concederles un amplio margen de apreciación en esta materia (Ídem, § 80). Expresó que la prohibición de la mendicidad en Ginebra se adoptó a raíz de su notable aumento en el cantón, sobre todo porque cada vez más personas viajaban a esa ciudad, especialmente desde Rumania, para mendigar (Ídem, § 81). Consideró que el alojamiento en un centro de acogida constituye un cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución suiza –que consagra el derecho al auxilio a personas en situación de desamparo–, al igual que la ayuda financiera excepcional, que está a disposición de los extranjeros sin permiso con residencia en Suiza y de las personas de paso (Ídem, § 83). Apuntó que prohibir ciertos modos de mendicidad, como el acoso o el comportamiento insistente, parece ilusorio, ya que tal prohibición difícilmente podría aplicarse sin un control casi permanente de los mendigos, concluyendo que ninguna medida menos restrictiva que la prohibición de la mendicidad sería eficaz para alcanzar el objetivo de interés público (Ídem, § 85). Admitió que la

presencia de una joven pidiendo limosna en la calle con una taza en la mano no podía considerarse, en sí, un riesgo significativo para el orden público; aunque indicó que la prohibición cuestionada no se dirigía únicamente a ella, sino a todas las personas que piden limosna en Ginebra, que constituyen una amenaza para el orden y la seguridad públicos.

En el *examen de admisibilidad* el TEDH señaló que nunca debió decidir si una persona que es penada por mendigar puede invocar el artículo 8 de la CEDH, recordando seguidamente que –en una sentencia histórica– el Tribunal Federal suizo expresó en 2008 que la mendicidad forma parte de la libertad personal protegida por el artículo 10, apartado 2 de la Constitución suiza, que si bien no es idéntico, guarda cierta similitud con el artículo 8 CEDH (Ídem, § 53).⁵ Con cita de sus precedentes, el TEDH recordó que la expresión “vida privada” del artículo 8 alude a un concepto amplio y “no es susceptible de una definición exhaustiva”, pudiendo a veces abarcar “aspectos de la identidad física y social de un individuo” (Ídem, § 54, traducción propia). Y agregó que la “noción de vida privada también comprende el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. Por lo que existe “un ámbito de interacción entre el individuo y los demás que, aún en un contexto público, puede ser considerado ‘vida privada’” (§ 55, trad. propia).

Recordó que la dignidad humana resulta subyacente al espíritu del CEDH, y que “resulta gravemente comprometida si la persona afectada no dispone de medios de subsistencia suficientes”, afirmando que “al mendigar, la demandante adoptó un modo de vida determinado para sobrevivir en una situación inhumana y precaria” (§ 56, trad., propia). También subrayó que el objetivo del CEDH no es proteger “derechos teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos”, correspondiendo tener en cuenta “especialmente las realidades económicas y sociales de la persona afectada” (§ 57, trad. propia). Sostuvo que “la mendicidad permitió a la demandante obtener ingresos y aliviar su condición de pobreza”, por lo que, con la prohibición general y la multa impuesta a aquella, seguida de una pena prisión por incumplir la condena, “las autoridades suizas le impidieron ponerse en contacto con otras personas para obtener ayuda” (§ 58, trad. propia). Compartiendo lo expresado por el Tribunal Federal suizo en 2008, expuso que “el derecho de acudir a otro para obtener ayuda resulta de la esencia misma de los derechos protegidos por el artículo 8 de la Convención” (§ 59, trad. propia).

En el *examen sobre el fondo*, el Tribunal estimó que hubo una “injerencia” en el ejercicio por la demandante de los derechos protegidos por el artículo 8 (§ 92), por lo que analizó si estaba “justificada”, lo que implica verificar si en el caso se reunían las exigencias previstas por su apartado 2º (§ 93). No se cuestionó que la injerencia reposaba en una “base legal”, el artículo 11ª de la LPG (§ 94), por lo que se detuvo en la segunda exigencia, el “objetivo legítimo”, sobre el que discreparon las partes.

A tal efecto, partió de la valoración efectuada por el Tribunal Federal en la sentencia de mayo de 2008, según la cual el objetivo de esta injerencia parece ser doble; por un lado, se trataba de proteger el orden público y garantizar la seguridad y tranquilidad públicas; y por el otro, luchar contra las redes de men-

⁵ Cfr. Caso del Tribunal Federal del 9 de mayo de 2008 [6C_1/2008 (ATF 134 I 214)]. El artículo 10, apartado 2 de la Constitución suiza dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad personal, especialmente a la integridad física y moral y a la libertad de movimiento”.

dicidad, que a menudo explotan a las personas, especialmente a menores (§ 96). El TEDH no excluyó que “determinadas formas de mendicidad, en particular las agresivas, pueden molestar a transeúntes, residentes y comerciantes”, y consideró igualmente válido el argumento fundado en la lucha contra la explotación de personas, en especial de los niños. Consideró entonces que la injerencia se dirigía *a priori* a objetivos legítimos, en los términos del artículo 8, apartado 2 de la CEDH (§ 97).

Desdobló el análisis sobre la “necesidad en una sociedad democrática” en tres aspectos: el poder de revisión de los tribunales nacionales, el margen de apreciación de Suiza y el balance de intereses en juego. Respecto del primer tópico, recordó que “una injerencia debe fundarse en una necesidad social imperiosa y ser proporcionada al objetivo perseguido”, y que las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación para determinar la necesidad y proporción de tal injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por el artículo 8 (§ 99, trad. propia). Enfatizó que este margen viene acompañado de un control europeo, según el cual el Tribunal examina, desde el punto de vista del CEDH, las decisiones adoptadas en ejercicio de esta facultad. Empero, si las conclusiones de tales autoridades no resultan arbitrarias o manifiestamente irrazonables, no corresponde al TEDH sustituir la apreciación de aquellas por la suya propia, ni siquiera respecto del examen de proporcionalidad de una medida cuestionada. Esto implica que “los tribunales nacionales deben motivar sus decisiones de forma suficientemente circunstanciada”, ya que un razonamiento insuficiente resulta contrario a las exigencias del artículo 8. (§ 100, trad. propia). En referencia al artículo 11A de la LPG consideró que una prohibición general de determinada conducta, como en este caso, es una medida radical que requiere una justificación sólida y un control especialmente serio por parte de los tribunales, que están autorizados a hacer un balance de los intereses relevantes en juego (§ 101).

Señaló que la ley aplicable al caso no permite una adecuada ponderación de tales intereses al sancionar la mendicidad de manera general, con independencia de la posible vulnerabilidad del autor, de la naturaleza de la mendicidad o de su forma agresiva o inofensiva, del lugar en que se ejerce o de la pertenencia o no del acusado a una red criminal. Y afirmó que “el Estado demandado se extralimitó en el margen de apreciación de que gozaba en este caso” (§ 102, trad. propia).

En el segundo tópico, ante la invocación de Suiza de un considerable margen de apreciación porque la mendicidad está prohibida o restringida en otros países europeos, el Tribunal subrayó que este margen no es ilimitado y, sobre todo, que va a la par con un control europeo, tanto más porque en este caso se trata de una injerencia muy grave que tuvo repercusiones importantes en el ejercicio de los derechos de la demandante garantizados por la Convención (§ 103, trad. propia).

Y recordó que “cuando está en juego un aspecto especialmente importante de la existencia (o de la identidad) de un individuo, el margen dejado al Estado resulta generalmente restringido” (§ 103, trad. propia). Luego reseñó las diferentes regulaciones de la mendicidad por los Estados miembros del Consejo de Europa, destacando que nueve no la prohíben. De los dieciocho que la han regulado a nivel nacional, “seis sólo han prohibido las formas intrusivas o agresivas de mendicidad y siete han limitado o circunscripto el alcance de la prohibición”, al tiempo que los cinco Estados restantes establecen una prohibición menos cualificada (§ 104, trad. propia). Indicó, además, que varias cortes europeas consi-

deraron que una prohibición general de la mendicidad resulta desproporcionada, sobre todo respecto de la dignidad humana y la libertad de expresión, agregando que algunos expertos y organismos de la ONU o regionales criticaron las medidas contra la mendicidad, especialmente las prohibiciones generales (§ 104). Ante esta variedad de soluciones, concluyó que no hay consenso en el Consejo de Europa sobre la prohibición o restricción de la mendicidad, aunque advirtió cierta tendencia a limitar la prohibición. Por el contrario, una prohibición general mediante una disposición penal parece ser la excepción, entendiendo que “éste es un segundo indicio –además del carácter fundamental de la cuestión en juego para la supervivencia de la demandante– del limitado margen de apreciación de que goza el Estado demandado en el presente caso” (§ 105, trad. propia).

En el tercer tópico el TEDH efectuó una ponderación de los intereses en juego, señalando, en relación al interés (privado) de la demandante en mendigar, que es indiscutible que procede de una familia extremadamente pobre, es analfabeta, no tenía trabajo y no recibía ayuda social, sin que hubiese sido acogida por otra persona. Sin dudar que mendigar fuera uno de sus medios de subsistencia, consideró que “encontrándose en una situación de vulnerabilidad manifiesta, la demandante tenía el derecho, inherente a la dignidad humana, de poder expresar su angustia y de intentar remediar sus necesidades mediante la mendicidad” (§ 107, trad. propia).

En orden a la naturaleza y severidad de la sanción aplicada, condena de multa de 500 francos suizos, seguida de una privación de libertad de cinco días, que fue efectivamente purgada ante el no pago de la multa, consideró que se trata de una “sanción grave”. Agregó que ante la precaria y vulnerable situación de la demandante, la imposición de una privación de libertad –que puede aumentar aún más la angustia y vulnerabilidad de una persona– resultaba prácticamente automática e inevitable para ella (§ 109), afirmando que “una medida de tal magnitud debe estar justificada por sólidos motivos de interés público, que no estaban reunidos en el caso” (§ 110, trad. propia).

El TEDH reconoció la importancia de luchar contra la trata de personas y la obligación de los Estados de proteger a las víctimas (§ 111), pero puso en duda que “la criminalización de las víctimas de estas redes sea una medida eficaz contra este fenómeno”, recordando que en 2019 el Grupo de expertos en la materia exhortó a las autoridades suizas a no sancionar a las víctimas de trata por haber participado en actividades ilícitas a las que habían sido obligadas (§ 112, trad. propia). Además, el gobierno no alegó que la demandante perteneciera a una red delictiva o que fuera víctima de la actividad de otros.

Respecto del interés público de las autoridades en imponer la medida cuestionada para proteger los derechos de transeúntes, residentes o comerciantes, el TEDH observó que no se acusó a la demandante por mendigar de forma agresiva o intrusiva, ni se presentaron denuncias en su contra por parte de terceros. Siguiendo a la Relatora Especial de la ONU sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, sostuvo que “el objetivo de hacer menos visible la pobreza en una ciudad y atraer inversiones no es legítimo en términos de derechos humanos, contrariamente a lo que parece alegar el Gobierno” (§ 113, trad. propia).

Por último, evaluó si con medidas menos rigurosas se podría haber conseguido el mismo resultado o uno comparable, indicando que del análisis de la legislación comparada sobre mendicidad surge que

la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa establecen restricciones menos severas que la prohibición general del artículo 11A de la LPG. Y apuntó que aunque el Estado tenga cierto margen de apreciación en el asunto, la observancia del artículo 8 exigía a los tribunales nacionales un examen exhaustivo, por lo que no aceptó el argumento del Tribunal Federal que, en la sentencia de mayo de 2008, sostuvo que con medidas menos restrictivas no se habría podido alcanzar un resultado igual o comparable (§ 114). Sobre tales premisas señaló que la sanción impuesta a la demandante no constituía una medida proporcionada ni con el objetivo de luchar contra la delincuencia organizada, ni con el objetivo de proteger los derechos de los transeúntes, los residentes y los comerciantes. En el presente caso, el Tribunal considera que la medida por la que la demandante, que es una persona extremadamente vulnerable, ha sido castigada por sus acciones en una situación en la que muy probablemente ella no tenía otros medios de subsistencia y, por tanto, no tenía otra opción que mendigar para sobrevivir, ha atentado contra su dignidad humana y la esencia misma de los derechos protegidos por el artículo 8. Por lo tanto, el Estado ha sobrepasado el margen de apreciación del que gozaba en el caso (§ 115, trad. propia).

Concluyó que la injerencia en el ejercicio de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 “no era necesaria en una sociedad democrática”, en los términos del artículo 8, apartado 2 (§ 116, trad. propia).

Respecto de la violación a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) invocada por la demandante, el Tribunal estimó que tal agravio no plantea ninguna cuestión esencial distinta, y que no es necesario pronunciarse por separado sobre aquel (§ 120). Similar temperamento sostuvo en orden a la violación del artículo 14 de la CEDH en relación con su artículo 8, invocada por la demandante, que alegó haber sido discriminada por su condición social, su riqueza, y por su origen (§ 123).

En su voto concurrente, la Jueza Keller sostuvo que al mendigar la demandante realizó una conducta protegida por el artículo 10, señalando que “el acto de extender la mano o la taza constituye un auténtico grito de angustia y un llamado a la generosidad de los demás [...] (l)a mendicidad es el medio por excelencia para comunicar la indigencia con palabras o gestos” (§ 9, trad. propia), “es un gesto universalmente conocido y entendido como un pedido de ayuda, independientemente del idioma que se hable o de la región del mundo en la que se encuentre” (§ 10, trad. propia).

Por su parte, el juez Lemmens, en su voto concurrente y parcialmente disidente, señaló que esta sentencia “envía una señal muy fuerte, que la Convención persigue proteger la dignidad humana de todas las personas, incluso la de aquellas que –a veces obligadas por las circunstancias– adoptan un modo de vida rechazado por la ‘mayoría’” (§ 1, trad. propia). Sugirió que también se hubiera podido analizar si se violó el artículo 3 de la CEDH (prohibición de tratos degradantes) (§ 1). Y señaló que las alegaciones sobre violación de los artículos 10 y 14 planteaban cuestiones serias que ameritaban un tratamiento separado.

Por último, también en un voto concurrente y parcialmente disidente, el juez Ravarani acordó con la violación del artículo 8 pero discrepó con el razonamiento de la mayoría, precisando que el relato de

los hechos presentaba zonas grises, y que dio por sentados extremos que simplemente fueron expuestos por la demandante (§ 5). Indicó que la mayoría adoptó un enfoque extremadamente simplista, que no deja claro cómo debe considerarse la mendicidad de quienes no se encuentran en la extrema pobreza, y que plantea numerosos interrogantes (§ 9). Consideró que “la decisión de mendigar forma parte del derecho a la autodeterminación y a la libertad personal”, un principio que sustenta la interpretación de las garantías del artículo 8 (§ 10, trad. propia). En el balance de intereses, entendió que era suficiente considerar la actitud pasiva de la demandante, al mendigar extendiendo una taza, para concluir que el Estado excedió su margen de apreciación, sin que resultara necesario ni decisivo, a tal efecto, considerar su extrema pobreza y vulnerabilidad (§ 14). Al igual que Lemmens, sostuvo que tanto el agravio fundado en el artículo 10 como el basado en el artículo 14 debían ser analizados por separado, por tratarse de cuestiones completamente distintas de la examinada bajo el art. 8 (§ 17). Sugirió que la omisión de abordar elementos esenciales y distintos del caso podría considerarse una “denegación de justicia” parcial (§ 16, trad. propia).

3. Comentarios finales

La sentencia “Lacatus c. Suiza” constituye un precedente valioso, seleccionado por el propio TEDH como un “caso clave”, que presenta como aspecto novedoso el de establecer un límite a la represión de la mendicidad –un capítulo emblemático en el elenco de leyes y prácticas que criminalizan la pobreza– a partir de la afirmación del derecho a la privacidad, protegido como “derecho a la vida privada” por el artículo 8 de la CEDH.⁶ Este derecho, nos recuerda el Tribunal, protege “un ámbito de interacción entre el individuo y los demás que, aún en un contexto público, puede ser considerado ‘vida privada’” (§ 55, trad. propia).

De este modo, abordó la dimensión cultural presente en muchas de estas leyes y prácticas, que penalizan modos de vida rechazados por la mayoría, aspecto este subrayado por el voto concurrente del juez Lemmens (§ 1).⁷ Si la analizamos desde el prisma de sus consecuencias, la decisión reivindica el derecho de las personas indigentes a ocupar el espacio público, y a exteriorizar su modo de vida, cuyo status de “libremente elegido” resulta discutible, como parece ser el caso de la demandante. Se trataría, en todo caso, de proteger un “modo de supervivencia”, antes que un modo de vida.

En línea con lo expresado al iniciar este comentario, los hechos del caso y las alegaciones de las partes testimonian la tensa coexistencia de disposiciones orientadas hacia asistencia y protección social de

6 El artículo 47 del –hoy derogado– Código de Faltas de la provincia de Córdoba (Argentina) reprimía la mendicidad en términos genéricos con arresto de hasta cinco días, si quienes la practicaban eran capaces de trabajar o tenían medios de subsistencia. Acertadamente, Juliano y Etchichury (2009: 170) cuestionaron la constitucionalidad de esta figura contravencional, entre otras cosas, por considerarla violatoria del principio de privacidad (art. 19, CN). También objetaban la ausencia de directivas cuando la mendicidad obedecía a “causas independientes” de la voluntad de la persona, como la falta de medios de subsistencia, ya que se trata de una violación al artículo 11 del PIDESC, que garantiza a toda persona el derecho a un “nivel de vida adecuado”, incluyendo vivienda, alimentación y vestido.

7 Hemos abordado la imposición punitiva de ciertos modos de vida mediante los códigos contravencionales de las provincias argentinas en Guiñazú (2015).

las personas que viven en la pobreza (art. 12, Constitución suiza), con otras disposiciones orientadas hacia su represión, como el artículo 11A de la LPG. También evidencian la tensión entre los intereses del mercado, como proteger la clientela de los comercios y el atractivo turístico de la ciudad; y los derechos humanos a la privacidad, a la libertad de expresión y a no ser discriminado (arts. 8, 10 y 14 CEDH).

En este marco, la sentencia desvirtuó la justificación del Estado, fundada en las molestias, el rechazo o la intolerancia que despierta la mendicidad en parte de la población (§ 78); al tiempo que puso un coto a los intereses mercantiles y lanzó un mensaje contundente afirmando que “el objetivo de hacer menos visible la pobreza en una ciudad y atraer inversiones no es legítimo en términos de derechos humanos” (§ 113, trad. propia).

Entre los derechos invocados por la demandante, el Tribunal restringió su análisis al “derecho a la vida privada”, soslayando los agravios vinculados a la “libertad de expresión” y a la “prohibición de discriminación”, por considerar que no suscitaban ninguna cuestión esencial distinta. Así, dio muestras de un “minimalismo judicial” cuya adopción en el caso resulta lamentable, ya que como expresó el propio TEDH en “Jeronovics c. Letonia” (sent. del 05/07/2016, § 109), sus sentencias “sirven no sólo para decidir los casos que se le presentan, sino que, de manera más general, sirven para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por el Convenio”, contribuyendo de este modo a su observancia por parte de los Estados (Van Drooghenbroeck, 2021, trad. propia).

Empero, existían argumentos sólidos para abordar de modo independiente la posible transgresión de la “libertad de expresión”, tal como lo expuso con solvencia el voto concurrente de la jueza Keller, sosteniendo que “la mendicidad es el medio por excelencia para comunicar la indigencia con palabras o gestos” (§ 9, trad. propia).

Correspondía también analizar el agravio vinculado a la discriminación de la demandante, lo que destacaron los jueces Lemmens y Ravarani, sin que resulte superfluo considerar que se trata de una mujer, que es extranjera y que procede de Rumania, Estado cuya población fue aludida por el Estado suizo, asociándolo al aumento de la mendicidad en el cantón (§ 81). Ella pertenece además a una comunidad tradicionalmente discriminada, como la romaní, es analfabeta, y carecía de medios de subsistencia, encontrándose en condiciones de extrema vulnerabilidad. Resultaba relevante entonces que el Tribunal examinara “si la prohibición de la mendicidad implica, por sus efectos, una ‘discriminación indirecta’ contra los miembros de la comunidad romaní” (Van Drooghenbroeck, 2021, trad. propia). El abordaje de esta cuestión hubiera posibilitado abrir el juego para evaluar la posible violación de derechos sociales de la demandante a partir del artículo 14 de la CEDH, en virtud de su “potencial” para garantizar tales derechos (Mestre, 2016: 126).⁸ Tal objetivo también podría haberse alcanzado a partir del análisis de oficio de una posible violación a la “prohibición de tratos degradantes” (art. 3 CEDH), tal como sugirió

⁸ Cabe destacar que el Protocolo Adicional N° 12 (del 04/11/2000) extiende la prohibición de discriminación a todos los derechos “reconocidos por la ley”, a diferencia del artículo 14 de la CEDH que circunscribe tal protección solo a los derechos reconocidos en esa Convención. El Estado suizo no ha ratificado el protocolo citado.

el juez Lemmens. En otro precedente (“A.S. c. Suiza”, sent. del 30/06/2015, § 30) el Tribunal sostuvo, en relación a tal prohibición, que puede existir una responsabilidad estatal “en el caso de que una demandante, que dependía totalmente del apoyo del Estado, se encontrara en una situación de grave privación [...] incompatible con la dignidad humana” (Van Drooghenbroeck, 2021, trad. propia).

Si bien el TEDH reconoció que el derecho a mendigar no es absoluto, y que puede ser limitado bajo ciertas circunstancias (§ 97), acertadamente señaló que la prohibición general establecida por la ley penal ginebrina es desproporcionada por no permitir ninguna ponderación de intereses (§ 102). El Estado invocó en su favor la “falta de consenso regional” para regular la mendicidad (§ 80), puesto que en tal supuesto el Tribunal suele optar por reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, controlando de forma leve las razones estatales para restringir derechos (Clérico, 2020: 60). Sin apartarse del giro consensualista, el Tribunal identificó cierta tendencia a limitar la prohibición de la mendicidad, a partir de la cual infirió que el margen de apreciación estatal resulta limitado en este caso (§ 105). Tal limitación resultaba además robustecida por encontrarse en juego la supervivencia de la demandante.

Luego, aseveró que “encontrándose en una situación de vulnerabilidad manifiesta [...] [aquella] tenía el derecho, inherente a la dignidad humana [...] de intentar remediar sus necesidades mediante la mendicidad” (§ 107, trad. propia). Este pasaje refleja los alcances restringidos de la sentencia, puesto que –desde una argumentación minimalista– sus referencias a la “vulnerabilidad manifiesta” y a la remediación de las necesidades, para el ejercicio válido del derecho a mendigar, la convierten en un precedente “de excepción”, difícilmente invocable para defender a quienes practiquen la mendicidad sin encontrarse en las extremas condiciones de la demandante. La insatisfacción de las necesidades elementales para una existencia digna, no aparece aquí como la violación de un derecho, sino como una circunstancia más a ponderar para el reconocimiento del derecho a mendigar.

Ciertamente, entre las dos misiones en tensión que, según Clérico (2020: 59), desempeñan las Cortes regionales de derechos humanos, hacer justicia en un caso concreto; a la vez que producir estándares generales de derechos humanos a través de su jurisprudencia, el TEDH parece haberse inclinado por dar prevalencia a la primera en el caso. Pero los argumentos expuestos en el voto de la mayoría plantean ciertas dudas e interrogantes advertidos por el juez Ravarani. Para sortearlos este magistrado propuso –lisa y llanamente– considerar a la mendicidad como una decisión inherente al derecho a la autodeterminación y a la libertad personal, que sustenta las garantías del artículo 8 (§ 10). Esta forma de entender la mendicidad, y en menor medida la sustentada por el voto de la mayoría, resultan susceptibles de una crítica formulada hace más de 20 años, cuando se expresó que

(l)a mendicidad termina, paradójicamente, por ser considerada como una elección: ¡algunos juristas americanos, incluso, ven ahora en ella el ejercicio de un derecho del hombre! Así, en esta perspectiva los derechos del hombre pueden convertirse en el vector de la indiferencia social. Si mendigar es un derecho, eso significa que en cierta forma la inserción ya no es un deber para la sociedad. La autonomía radical se convierte en ese caso en la contrapartida de una borradora del contrato social (Rosanvallon, 2004: 180).

Con todo, desde que impuso un límite jurídico a una de las formas más inveteradas y paradigmáticas de criminalización de la pobreza, la sentencia europea representa un aporte significativo para habilitar –desde un enfoque de derechos– el examen de las leyes y prácticas destinadas a reprimir a las y los “indeseables” e “inútiles para el mundo”. Es particularmente relevante para Argentina, donde muchos códigos contravencionales y de convivencia –vigentes en el orden subnacional– operan como dispositivos de gestión de la desigualdad estructural y canalizan los prejuicios e intereses dominantes, reprimiendo no solo la mendicidad, sino otros modos de vida considerados molestos, sospechosos o inmorales, a través de figuras típicas muchas veces reñidas con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A pesar de su extraordinaria relevancia para configurar la vida cotidiana de millones de personas, particularmente de los sectores excluidos, o tal vez precisamente por ello, las prácticas y normas que integran el universo contravencional argentino –tradicionalmente– no han sido abordadas por los tribunales desde un enfoque de derechos meridianamente serio. La sentencia comentada del TEDH dio un paso en ese sentido.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, L. M.; Buitrago Calvo, L. D. y Fajardo Guevara, G. (2019). Mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas. Caso embera-chamí. *VlEi*, 14(1), 129-156. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6860274.pdf>
- Castel, R. (1997). *Las metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires: Paidós.
- Clérico, L. (2020). El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, 46, 57-83. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6500>
- Franssen, M. (2021). Interdiction de la mendicité: une atteinte au droit à la vie privée selon Strasbourg. *Justice en ligne*, 1er avril 2021. Recuperado de <https://www.justice-en-ligne.be/Interdiction-de-la-mendicite-une>
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- (2018). *Castigar y asistir*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Guñazú, C. (2015a). Abordajes jurídicos de la(s) pobreza(s). En S. Ribotta y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres del temor y la miseria* (pp. 173-195). Madrid: Dykinson.
- (2015b). Epílogo. La imposición punitiva del bien vivir. En M. A. Juliano y H. J. Etchichury, *Un modelo contravencional alternativo* (pp. 99-105). Córdoba: Lerner.
- Juliano, M. A. y Etchichury, H. J. (2009). *Código de faltas de la provincia de Córdoba. Comentado*. Córdoba: Lerner.
- Luque, J. A. (2016). De mendigos a criminales: ordenanzas de convivencia para el control social. *Criminología y Justicia*. Recuperado de <http://cj-worldnews.com/>
- Mestre i Mestre, R. (2016). La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *CEFD*, 33, 113-132.

Rosanvallon, P. (2004). *La nueva cuestión social*. Buenos Aires: Manantial.

Stern, V. (2008). Cuando las políticas sociales se convierten en política criminal: ¿una visión de nuestro futuro? *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, I(4), 3-14.

Supiot, A. (2014). La pobreza bajo el prisma del derecho. *Universitas*, 20, 78-87.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Lacatus c. Suisse*, Requete no. 14065/15, Cour (Troisieme section), 19 de enero de 2021.

Van Drooghenbroeck, S. (2021). Analysis: Lacatus v. Switzerland: a great judgment at the heart of human dignity. *EU Law Live*, 111, 1-2. Recuperado de <http://hdl.handle.net/2078.3/242471>

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.

----- (2006). *Los condenados de la ciudad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

----- (2010). *Castigar a los pobres*. Barcelona: Gedisa.