

Merodeo, control social e inconstitucionalidad

**Curso: Derecho contravencional. El derecho para los sumergidos
Asociación de pensamiento penal- Universidad Nacional del Comahue
Profesor: Mario Juliano
Alumno: Ariel Marcantonio**

Índice:

Introducción

La figura del merodeo como estrategia para la prevención del delito

El uso del espacio público

Test de constitucionalidad

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El presente trabajo busca dar cuenta de una de las figuras jurídicas utilizadas por la política criminal de los Estados como estrategia preventiva, que promueve la mayor punibilidad de conductas que no se caracterizan por ser lesivas en sí mismas, sino que encuentran sustento en una supuesta peligrosidad per se. Estamos hablando de la figura del “merodeo”, la cual ha estado en boga tanto en la agenda de los departamentos de justicia y seguridad como en la opinión pública, a través de diversos planteos reflejados en los grandes medios de comunicación. Si bien la aparición de estos institutos represivos contravencionales no es nueva, sino que pulularon durante décadas en la normativa local y nacional, parecían estar en retirada desde la consolidación de una perspectiva nacional e internacional del derecho penal limitado en su aplicación (o de última ratio) que describa conductas comisivas u omisivas disvaliosas para la sociedad, y no personas peligrosas. Asimismo la exigencia de daños concretos y mensurables como argumento para sancionar acciones u omisiones penales contravencionales (en definitiva, el derecho contravencional es derecho penal de baja intensidad aflictiva) parecían reemplazar a los viejos ordenamientos locales que planteaban un orden moral deseado en la conducta personal de la sociedad (entre ellos, los famosos edictos policiales). El análisis propuesto se divide en tres puntos que se consideran relevantes y una conclusión parcial como cualquiera que se intente sobre estas temáticas. Así nos encontramos en primer lugar, con el análisis de la figura del “merodeo” como estrategia para la prevención del delito, siguiendo la adopción de lo que Ulrich Beck denomina “sociedad del riesgo” como escenario en donde la seguridad pasa a ser el valor más deseado por la sociedad globalizada y para ello se busca la detección del enemigo interno antes que la comisión del daño concreto. Con posterioridad, se planteara una temática muy presente en estas nuevas sociedades del riesgo más individualistas, como

lo es el uso del espacio público y las elecciones de políticas criminales determinadas como forma de imponer un modelo ideal del mismo. El derecho contravencional, en este esquema, constituye un regulador para la utilización del espacio público que se busca privilegiar. En este sentido, se efectuará un repaso por las normativas provinciales con el objetivo de observar como regulan esta cuestión.

Finalmente, se realizará el test de constitucionalidad de aquellos códigos de convivencia o contravencionales en relación al tipo de figuras jurídicas de “merodeo” que proponen (en particular el Código de Convivencia de la provincia de Córdoba). El tamiz constitucional, abarca el principio de legalidad, el estado de inocencia y el principio de lesividad a la luz de la normativa nacional e internacional con raigambre constitucional. Como corolario del análisis antes expuesto se intentará realizar algunas reflexiones finales a modo de apertura del debate en el que se intenta acercar elementos para pensar la cuestión del “merodeo”, desde una perspectiva que prevea la resolución pacífica de los conflictos (antes que su expropiación lisa y llana) en un marco de respeto por los derechos humanos de los involucrados y de la sociedad en su conjunto.

La figura del merodeo como estrategia para la prevención del delito

Haciendo uso del análisis que diversos juristas, entre ellos el brasileño Luiz Flavio Gomes, utilizan para referirse al derecho penal en general en la era de la globalización (que nosotros tomaremos en su versión de baja intensidad para referirnos al análisis de esta figura contravencional), podemos decir que entre sus características se encuentra el uso del derecho penal como instrumento medular de la política de seguridad. De este modo, proliferan delitos o contravenciones de peligro abstracto con nula atención por la taxatividad y claridad en la descripción de la conducta típica, ignorando la existencia de un bien jurídico tutelado en forma concreta que pueda sufrir un daño mensurable, y aumentando fuertemente la incumbencia del derecho penal en las relaciones sociales de

las personas. Contrariando las recomendaciones de buena parte de la doctrina respecto al carácter subsidiario del derecho penal en la diagramación de la política criminal y de seguridad de un Estado al interior de la comunidad, se promueve “una sociedad del riesgo” (Ulrich Beck) en donde la dinámica de la sociedad capitalista posindustrial genera un riesgo estructural por la propia actividad humana a partir de los avances tecnológicos ilimitados y la interrelación entre sujetos diversos. Esta característica se ve acompañada con una situación de “emergencia permanente” alimentada por grandes conglomerados mediáticos que instalan un clima de caos y descontrol que amerita respuestas contundentes, rápidas y sin limitaciones en su aplicación. Para esta doctrina, ese “estado de peligro continuo” al que están sometidos los ciudadanos es consecuencia de “sujetos peligrosos” a los cuales debe capturarse (son enemigos de la sociedad, por lo cual pierden su condición de sujetos de derechos) cuando se encuentren en “actitud sospechosa” (antes de cometer el delito). Estos dos elementos (“actitud sospechosa” y “sujetos peligrosos”) fijados como parámetros para minimizar el riesgo de las sociedades son dejados al libre arbitrio del operador judicial (y policial en su ejecución concreta) porque se construye un discurso único y dominante en donde se impone el modelo de sujeto a perseguir en base a la apariencia y a la condición social. Pobreza e inseguridad parecen confundirse para el discurso que estamos analizando.

En palabras de Bauman, la globalización impone reglas en donde se polariza la condición humana estableciendo ganadores y perdedores; esos “perdedores” serán los que engrosen las filas de los sujetos sospechosos. Se construye un “derecho penal del enemigo” (Zaffaroni) como política de Estado en materia de seguridad. Figuras contravencionales como la de “merodeo” encuentran justificación en parte en la opinión pública a partir de un sentido común que viene dado respecto a un arquetipo de persona peligrosa per sé. El último dato oficial de la policía de la Provincia de Córdoba proviene

del año 2011 (con otra descripción de la conducta típica) y sostiene que alrededor de 200 personas por día (73100 por año) fueron detenidas por infracciones al Código de Faltas (actualmente denominado Código de Convivencia), correspondiendo el 27% aproximadamente a la figura de merodeo en su faz urbana y rural. La clínica Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, sostuvo que en el primer mes de aplicación del Código de Convivencia con su nueva redacción (abril de 2016) el número mensual sería de 1800 detenciones (puede consultarse en <http://www.cba24n.com.ar/content/codigo-de-faltas-analizan-merma-en-detenciones-arbitrarias>). De lo que se trata en definitiva, es de dar cuenta de que la aplicación de estos institutos jurídicos de “persecución penal-contravencional de la pobreza”, implican el desconocimiento de los derechos más básicos de la persona como ser humano que le garantizan los tratados internacionales de derechos humanos que la Argentina ha suscripto, retrotrayendo la punición a conductas alejadas del comienzo de ejecución de un delito o contravención pudiendo incluso sancionar acciones que no están dirigidas a transgredir normas penales. El riesgo adicional es que esas normas de emergencia no generan resultados satisfactorios en términos de combate al delito ni la consecución de una mayor seguridad, debido a que no atacan a las circunstancias sociales y económicas productoras del mismo. En general se trata de dar la impresión de que el problema está “bajo control”, tratándose de una función de la figura penal de tipo simbólica sólo adecuada para circunstancias electorales. Es lo que Luciano Vandelli denomina “legislación placebo” por la inexistencia de efectos concretos en la reducción de los delitos y de los conflictos al interior de la comunidad. En definitiva se trata de la consolidación de un modelo de seguridad caracterizado por un creciente “populismo punitivo” que se apoya en la función preventiva de la pena, que haciendo uso de una retórica punitiva sostenida en reclamos de un sector de la población promete soluciones sencillas para problemas

complejos anteponiendo la defensa social con cualquier medio a los derechos de las personas por su calidad de seres humanos.

El uso del espacio público

El derecho contravencional además de ser un elemento clave en el diseño de la política criminal que se va a aplicar en una ciudad, mediante figuras como el “merodeo”, constituye un regulador del espacio público, del uso que se le da al mismo y de las relaciones sociales entre ciudadanos, y entre estos y el Estado. Es decir, de la relación que el operador estatal establezca en ese espacio dependerá la facultad de ejercer ciertos derechos por parte de cada persona y las limitaciones que esto conlleva.

Estas estrategias de actuación judicial que dejan en la autoridad policial la potestad de regular lo que pasa en la calle, a partir de estereotipos consolidados de delincuentes fácilmente detectables según apariencias físicas que lo caracteriza como integrante de los sectores más desfavorecidos de la sociedad y que le impide por esta situación actuar en el espacio público como lo desee, debiendo demostrar que adhiere a un determinado criterio moral que se presenta como colectivo. Se le exige no sólo que sea un ciudadano respetuoso de la ley y las buenas costumbres, sino que además lo demuestre y rompa el estereotipo que pesa sobre él. Partiendo de la base de que el espacio público de toda sociedad no es homogéneo, sino que constituye la mixtura entre diferentes culturas, formas de pensar y de actuar, máxime cuando hablamos de grandes conglomerados urbanos (y/o rurales) en países como el nuestro tan disímiles respecto a los caracteres de su población, esta forma de abordaje implica no sólo un avasallamiento de los derechos de un grupo social en razón de su condición de clase sino también el intento de imponer una moral colectiva como única forma de obtener un pasaporte de ciudadanía. Este tipo de diseño de la política criminal privatiza el espacio público en favor de “ciertos ciudadanos” con la falsa promesa de protegerlos del “otro amenazante” representado

por individuos a los que se les quita ciudadanía. Si tomamos el concepto de “socialidad” utilizado por los investigadores Larrañaga, Grassi y Mainini en “Socialidad: los modos de apropiación del espacio público” (puede consultarse en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34344/Documento_completo.pdf?sequence=1), entendiéndola como “el espacio fundamental de la interacción con asociados, (...) referido a las formas de convivencia, de interacción en el mundo, de comunicación diaria de los actores”, podemos afirmar que el tipo de socialidad que estamos promoviendo a partir de estas políticas excluyentes no es otro que el de un espacio público discriminador, violento y cargado enemigos a los que se les desconoce su calidad de ciudadanos, reconociendo si esa característica en otros dividiendo la sociedad entre integrados y excluidos. Entendiendo a la materia contravencional como una facultad no delegada por las provincias al Estado federal (y con las enormes dificultades que esto genera, por la superposición de normas y la mayor o menor limitación de las actividades humanas como consecuencias de la tipificación de contravenciones disímiles en cada provincia) cabe realizar un somero análisis de los máximos instrumentos normativos de cada jurisdicción en la materia. Así podemos afirmar que en la totalidad de las Cartas Magnas locales (las 23 provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) se hace referencia de distintos modos a la garantía de libertad e igualdad de trato ante la ley para todos sus ciudadanos y en general, se refieren a las garantías judiciales mínimas como el debido proceso, defensa en juicio, principio de reserva, etc. Muy pocas se refieren al uso del espacio público en concreto. A modo ejemplificativo podemos mencionar a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde se prohíbe expresamente cualquier norma que implica la tipificación de delitos o contravenciones fundados en la “peligrosidad sin delito” (artículo 13.9). Asimismo la Constitución de la provincia de Córdoba, paradójicamente, tiene un

artículo bastante esclarecedor en este sentido que sostiene que “la convivencia social se funda en la solidaridad e igualdad de oportunidades” como argumento que justifica la igualdad y libertad de la que gozan todos sus habitantes como garantía legal (art7). La Constitución de la provincia de Santa Fe hace una breve referencia al derecho de todo individuo a “desenvolverse libremente su personalidad, ya en forma aislada, ya en forma asociada, en el ejercicio de los derechos inviolables que le competen”.

No obstante, la mayoría de los instrumentos normativos provinciales realizan limitaciones y adecuación de la conducta individual en razón de causas de respeto a la moral, el orden público o el bienestar general. Finalmente, quería destacar, el abordaje que realiza la doctora Alicia Ruiz en su voto en el fallo “Leon, Benito Martín s/recurso de inconstitucionalidad” (expte. N° 245/00), en donde si bien el objeto a analizar es otro, se hace referencia a la regulación del espacio público por parte del Estado y a la necesidad de que la mención del bien jurídico colectivo denominado “tranquilidad pública” se trate de un “umbral mínimo y necesario para una convivencia que reconozca y garantice la misma dignidad e igualdad (...), que no puede regularse desde una única visión del mundo ni de la moral”.

Test de constitucionalidad

Partiendo de la base de que las contravenciones implican tipos penales de menor intensidad aflictiva (al menos en teoría), exigen pasar por el tamiz constitucional ya que implican el uso del poder punitivo del Estado y la limitación en las garantías básicas reconocidas a la persona humana. Zaffaroni entiende que si se le reconoce al el derecho contravencional “su naturaleza penal debe ser sometido a las exigencias y límites del derecho penal. (...) Su negación no tiene otro propósito que posibilitar un ejercicio descontrolado del poder punitivo (Zaffaroni, E. Raúl, Slokar, Alejandro, y Alagia, Alejandro. Manual de Derecho Penal – Parte General. Ediar, Buenos Aires, 2002). En

este caso la figura contravencional de “merodeo” en su versión rural y urbana (rebautizada esta última como “conducta sospechosa”) encuentra serias dificultades al enfrentarse con el principio de legalidad (artículo 18 de la CN y 9 de la CADH), con el estado de inocencia (artículo 8.2 de la CADH y 11 de la declaración universal de los derechos humanos) y el principio de lesividad (artículo 19 CN y art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, o el art. 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos) todos ellos recogidos por la Constitución Nacional en su parte dogmática pero también mediante los tratados internacionales de Derechos Humanos que nuestra Carta Magna ha incorporado. Por orden de mención observamos, que la figura del merodeo en el ámbito urbano, exige como acción típica, la existencia de una “conducta sospechosa”, sin especificar de qué se trata cabalmente y haciendo mención a distintas ejemplificaciones que de ningún modo agotan las conductas susceptibles de ser subsumidas en el tipo contravencional de que se trata. En el caso de merodeo rural, la situación es aún más grave ya que sólo se mencionan lugares en donde puede consumarse la figura (establecimientos agrícolas forestales, ganaderos o mineros), exigiendo la demostración de una “actitud sospechosa” o la inexistencia de una “razón atendible” para estar incluido en la acción típica. En ambos casos se deja en manos del tan mentado “olfato policial” la tarea de completar la norma, interpretando con la total discrecionalidad que se le ocurra a la autoridad administrativa-policial que se entienda por los términos “actitud sospechosa” y “sin razón atendible“. Se trata de una norma contravencional en blanco en la que no se verifican los requisitos exigidos conforme al principio de legalidad, que determina una norma penal clara, estricta y previa a la

realización de la acción u omisión objeto de análisis que le permita a la persona comprender que acto disvalioso es el que se encuentra tipificado.

La conducta tipificada en el Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba y en numerosos códigos de faltas provinciales (algunos aún con vigencia) exige la valoración de elementos extrapenales para determinar si se está ante la configuración de la contravención o no. No se penan acciones, sino autores; con lo cual también nos encontramos ante un tipo de derecho penal de autor, que penaliza determinadas condiciones personales como método de control del espacio público y de utilización indebida del poder punitivo del Estado. No se penan conductas sino personas, utilizando terminologías ambiguas y poco claras. Se trata, en definitiva, de una privatización del espacio público, situación que abordaré más adecuadamente en el capítulo siguiente. En segundo lugar, nos encontramos con el principio de lesividad que exige la existencia de un daño concreto o un peligro real e inminente de lesión de un bien jurídico tutelado por el legislador. Si bien la mayoría de las contravenciones reguladas por los distintos instrumentos normativos contravencionales locales se trata de figuras de peligro abstracto y por ende, de dudosa constitucionalidad, el merodeo urbano o rural va más allá. La inexistencia de estos elementos taxativos (lesión o peligro) en la conducta tipificada implica únicamente un adelantamiento de la línea punitiva a un estado predelictual que ni siquiera alcanza, en muchos casos, a los actos preparatorios en el iter criminis. La “tranquilidad pública” mencionada en el articulado, cuya alteración indicaría la subsunción de la conducta en el tipo penal, no es un elemento mensurable objetivamente y responde a estereotipos contruidos por un discurso excluyente dirigido por diversos sectores sociales y que calan hondo en sus pares. Esto que Ulrich Beck, denomina “sociedad del riesgo”, crea una sensación de tranquilidad al perseguir “ciertas conductas” de “ciertas personas” (grupo social

marginado y ubicado como peligroso per sé) en un estado previo al delito pero que indefectiblemente terminarán en su consumación. La existencia de este requisito de peligro real y evidente o de lesión concreta de un bien jurídico busca crear un marco de seguridad jurídica tanto para los integrantes de la sociedad, sean víctimas o victimarios respecto a que conductas se encuentran prohibidas y acarrear una sanción punitiva y también constituyen un límite al poder legítimo del estado. Esta situación afecta incluso al principio de culpabilidad, debido a que el sujeto no puede motivarse en la norma para actuar conforme a ella u obrar en clara subsunción con la conducta comisiva u omisiva descrita. Finalmente, el estado de inocencia, que exige que toda persona sea considerada como inocente hasta que pese sobre ella una sentencia firme respecto a la comisión de un delito y que se observa en todas las fases del proceso penal (y contravencional si lo entendemos como derecho penal de baja intensidad) queda sin efecto con la consagración de figuras como la que estamos analizando. No sólo porque existe una presunción inversa de culpabilidad, sino que incluso se obliga a quien ha sido acusado de probar que no se encontraba en actitud sospechosa o que si tenía una “razón atendible” para permanecer en el lugar en donde fue encontrado. Si consideramos que en el derecho penal por figuras mucho más gravosas que la mencionada se considera al acusado inocente durante la totalidad del proceso, se exige a la acusación (sea pública o privada), la demostración de la culpabilidad y la aportación de pruebas que modifiquen ese estado de inocencia a la luz del análisis del operador jurídico, e incluso se establezcan presunciones exculpatorias como el principio de in dubio pro reo, resulta poco comprensible un trato tan estricto con un contraventor.

Conclusiones: Intentando recapitular algunas de las cuestiones analizadas, podemos inferir que la utilización de figuras contravencionales de peligro abstracto, como el merodeo, no resultan adecuadas como estrategia para combatir el delito, tampoco como

regulador adecuado del espacio público y muchísimo menos como forma de resolver conflictos internos en las sociedades actuales. Podemos observar desde un punto de vista puramente estadístico la insignificancia en la reducción de delitos o contravenciones observadas en la Provincia de Córdoba a partir de la implementación de la figura del merodeo (en la redacción primaria y en su actual). Como correlato, de esto se da un crecimiento de la penalización de la pobreza. Como instrumento de regulación del uso del espacio público, figuras como el merodeo, construyen una socialidad excluyente en donde se identifica a quienes son poseedores de ciudadanía y por tanto, pueden acceder al espacio y aquellos que resultan peligrosos y deben permanecer controlados y alejados del mismo, excepto que logren demostrar que no responden al estereotipo y a las expectativas negativas que les fueron asignadas. Finalmente, estas figuras jurídicas tampoco logran sortear el test de constitucionalidad mínima que debiera afrontar toda norma penal (insistimos aquí en que el derecho contravencional es derecho penal de baja intensidad afflictiva), por contrariar los principios constitucionales de legalidad, de lesividad y el estado de inocencia. Esta situación no debiera sorprendernos si consideramos que en la retórica punitivista que sirve de basamento argumental para la aplicación de figuras como el merodeo, se hace hincapié en que el objetivo de la política criminal es perseguir al peligroso, al enemigo, despojándolo de su condición de sujeto de derecho a favor de un supuesto bienestar comunitario. No siendo la resolución del conflicto en un marco respetuoso de los derechos humanos de todos los que participan del mismo el objetivo de la política criminal difícilmente pueda plantearse una estrategia adecuada y efectiva.

Bibliografía:

Baños, Javier Ignacio, El fundamento de la pena, Ediar, Buenos Aires, 2011

Bauman, Zygmunt, La globalización. Las consecuencias humana, Fondo de cultura económica. Serie sociología, Buenos Aires, 2005

Beck, Ullrich, Sociedad de riesgo, traducción de Jesus Alborés Rey, siglo XXI, Madrid, 2002

Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995

Riquert, Marcelo, García Rivas, Nicolás, Garantías penales, Ediar, Buenos Aires, 2011

Rodríguez Montañez, Teresa, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004

Vandelli, Luciano, Trastornos de las instituciones políticas. Trotta, Madrid, 2007

Zaffaroni, E. Raúl, Slokar, Alejandro, y Alagia, Alejandro. Manual de Derecho Penal – Parte General. Ediar, Buenos Aires, 2002.

Zaffaroni, E. Raúl, El enemigo en el derecho penal, Ediar, Buenos Aires, 2009