

Septiembre 2018

Palabras clave: espacio público,
personas sin hogar, sinhogarismo

Espacio público y penalización del sinhogarismo desde un enfoque de derechos humanos

Sonia Olea Ferreras¹, Guillem Fernández Evangelista²

En Europa se utilizan simultáneamente diferentes concepciones del sinhogarismo que influyen en el diseño de políticas públicas para su erradicación. Por un lado, diversos países europeos están desarrollando estrategias nacionales integrales para personas sin hogar, mientras que, por otro, proliferan enfoques coercitivos y represivos contra ciertas de sus formas. La penalización del sinhogarismo es el proceso por el cual se criminalizan las actividades cotidianas de subsistencia en el espacio público de las personas sin hogar en situación de calle, se obstaculiza el acceso al sistema de alojamientos temporales y el ejercicio del derecho a la vivienda o se expulsa e invisibiliza a dichas personas de zonas concretas de la ciudad, llegando a producirse su detención o la deportación a su país de origen cuando son extranjeros. En este artículo se argumenta que nos encontramos frente a una gestión neoliberal del sinhogarismo, basada más en su penalización que en la satisfacción de las necesidades bajo una perspectiva de derechos humanos.

1. Personas sin hogar y espacio público

El espacio público es un componente esencial en la vida cotidiana de las personas sin hogar, especialmente de aquellas personas que pernoctan en la vía pública o en alojamientos temporales y se ven obligadas a permanecer mucho tiempo en ellos. Las personas necesitamos un espacio físico adecuado, seguro y estable para desarrollarnos y llevar a cabo nuestras funciones básicas, como dormir, asearnos o socializarnos. En las sociedades occidentales, la vivienda juega un papel esencial para garantizar el desarrollo humano y, por lo tanto, el derecho a la vivienda es imprescindible para el ejercicio de otros derechos y la satisfacción de necesidades básicas. No poder acceder a una vivienda adecuada ni mantenerla empuja a las personas sin hogar a usar el espacio público como medio para satisfacer sus necesidades.

Desde comienzos del siglo XXI, en Europa, tanto a nivel nacional como local, se han promulgado normativas para regular y sancionar comportamientos en el espacio público tales como ejercer la mendicidad, pernoctar en la vía pública o lavarse. En consecuencia, se ha tendido a criminalizar las actividades de supervivencia de las personas sin hogar en situación de calle.

Desde una perspectiva histórica, el Observatorio Europeo del Sinhogarismo (OES) apunta que estas medidas coercitivas no son una novedad, sino que existe una línea débil de los procesos de

1 Miembro del Equipo de Incidencia de Cáritas Española y del Grupo de Trabajo de Expertos Jurídicos en Vivienda en la red europea FEANTSA.

2 Doctor en Políticas Públicas (IGOP-UAB).

regulación del espacio público (O'Sullivan, 2007) que ha ido variando sus formas y justificaciones según cada ciclo de regulación (Baker, 2009). Por ejemplo, si en la Edad Media la "limosna" se consideraba un instrumento para la salvación del alma y redención de los pecados de los "poderosos" (Geremek, 1989), en la Edad Moderna se consolidó la criminalización de la mendicidad y el vagabundeo porque la pobreza ya no era una decisión divina, sino que dependía de la moralidad y el esfuerzo en el trabajo de los propios individuos (Morell, 2002). Las ideas que Lutero expuso en 1520 sentaron los principios del modelo de asistencia de la época, como la abolición de la mendicidad o la ayuda solo a los pobres que lo merecen (los no aptos para el trabajo) y son de la propia ciudad ("no pordioseros ajenos"), siempre que no se les ayudara más de lo necesario, sino "lo justo para que no se mueran de hambre ni de frío". Hoy sabemos que ni todas las personas sin hogar mendigan, ni todas las que practican la mendicidad son personas sin hogar (Cabrera *et al.*, 2003); sin embargo, la regulación del espacio público sanciona y criminaliza la mendicidad con la justificación de mantener el orden público y evitar comportamientos antisociales (Baker, 2009).

La expansión del pensamiento neoliberal desde los años setenta y ochenta abrió una nueva fase del proceso de regulación del espacio público en la que, a partir de su gradual privatización y conversión en espacio de consumo, jugaría un papel esencial para el crecimiento económico y el proceso de acumulación del capital privado, lo que exigiría un aumento de la vigilancia y el control de las poblaciones excluidas y con menos capacidad de consumo (Brenner *et al.*, 2009).

El OES elaboró un informe sobre conflictos y uso del espacio público por parte de las personas sin techo (Meert *et al.*, 2006) en el que se consideró que el espacio público no es un espacio uniforme, sino que, de acuerdo con las categorías propuestas por Carmona (2003), se puede diferenciar entre espacio público externo (plazas, parques, calles...), espacio público interno (instituciones públicas como bibliotecas o museos) y casi-espacio público, esto es, espacios legalmente privados, pero donde todo el mundo tiene derecho a entrar porque son de dominio público (por ejemplo, centros comerciales, aeropuertos o estaciones de tren). El informe señalaba que la gobernanza en Europa, bajo la influencia del pensamiento neoliberal, ha generado un proceso de privatización de espacios públicos y un aumento de espacios casi-públicos que ha tenido un fuerte impacto en la vida y los derechos de las personas sin hogar, ya que su acceso o permanencia en estos lugares resulta conflictivo y amenaza el desarrollo de las actividades económicas.

Por este motivo, el conflicto más común de las personas sin hogar en situación de calle se produce con los servicios de seguridad privada y con los cuerpos de seguridad públicos (Meert *et al.*, 2006). Uno de los ejemplos recogidos en el informe del OES es el impacto de la remodelación de las líneas ferroviarias en Alemania e Italia. Las estaciones de ferrocarril habían sido tradicionalmente espacios que ofrecían oportunidades de subsistencia para las personas sin hogar: permitían practicar la mendicidad, asearse en los lavabos de forma gratuita, conseguir comida, descansar y dormir en bancos, dejar las pertenencias en las taquillas o relacionarse con pasajeros y trabajadores. Sin embargo, como explica Busch-Geertsema (2006), en Alemania, parte del proceso de modernización de Deutsche Bahn consistió en convertirla en un negocio más rentable (para posteriormente privatizarla), y se basó en la remodelación de las estaciones centrales de tren, transformándolas en centros comerciales de grandes empresas o franquicias de marcas globales. El 3-S-Program (Service, Sicherheit und Sauberkeit, es decir, servicio, seguridad y limpieza) fue la estrategia fundamental de Deutsche Bahn para mejorar la imagen de sus estaciones. Las reglas impuestas en las estaciones de ferrocarril prohibían la mendicidad, rebuscar en la basura, el consumo excesivo de alcohol y sentarse o tumbarse en el suelo, en las escaleras o en las entradas de las estaciones. Tosi y Petrillo (2006) reflejan medidas similares para el caso italiano, pero añaden nuevas motivaciones basadas en la seguridad contra el terrorismo internacional como consecuencia de los atentados en Nueva York (2001), en Madrid (2004) y en Londres (2005).

La principal conclusión de las diferentes investigaciones realizadas por miembros del OES sobre la criminalización de las personas sin hogar en el espacio público (Meert *et al.*, 2006; Tosi, 2007; y Doherty *et al.*, 2008) detectaron que estas no solían ser los objetivos explícitos de las normas y reglamentos para controlar dicho espacio, pero sufrían sus efectos desproporcionadamente, debido a que dependían de este para desarrollar sus actividades cotidianas. Por el contrario, en la mayoría de los países europeos, las personas inmigrantes, y, particularmente, la población gitana romaní, suelen ser la población diana de los mecanismos discursivos de criminalización y políticas coercitivas contra la pobreza (Tosi, 2007).

2. Tendencias de la política criminal y los sistemas penales en Europa

Para entender las relaciones entre espacio público y personas sin hogar, es necesario analizar conjuntamente las políticas criminales y las políticas para la erradicación del sinhogarismo. El proceso de regulación de los usos del espacio público bajo el neoliberalismo implica una creciente utilización del sistema penal como instrumento para la gestión de los problemas sociales generados por los procesos de desregulación, privatización y recortes del sistema de bienestar social (Wacquant, 2003 y 2009). Desde inicios del siglo XXI, en los Estados Unidos, académicos, movimientos sociales y activistas de derechos humanos han denunciado un aumento de las respuestas punitivas contra el sinhogarismo. El proceso de regulación y privatización de los usos del espacio público imposibilita cada vez más poder sobrevivir en la calle sin infringir las normas, y, en consecuencia, se está produciendo una sobrerrepresentación de las personas sin hogar en el sistema penal (Blower *et al.*, 2012). Los orígenes de esta tendencia se encuentran en el desarrollo de la criminología de la intolerancia (Young, 1999), que sintetiza las políticas criminales basadas en la tolerancia cero y la persecución de delitos menores. Partiendo de la base de que, si no se castigan de forma implacable los delitos menores, se producirán delitos más graves, se elaboran ordenanzas para la regulación del espacio público, el civismo y la convivencia que detallan ampliamente las acciones que pasan a ser punibles. En caso de reincidencia, la sanción será cada vez más alta.

Existe un debate académico sobre la importación de las políticas criminales americanas al contexto europeo y su impacto en las políticas de intervención con personas sin hogar. Hay autores que defienden la existencia de un proceso de americanización del sinhogarismo y sus políticas, en todas las sociedades posindustriales (Von Mahs, 2011). Otros autores opinan que no hay duda de las restricciones en el uso del espacio público que sufren las personas sin hogar en todos los países europeos, pero el alcance y la profundidad del proceso de regulación del espacio público es muy diverso (Tosi *et al.*, 2006) y responde a razones históricas particulares de cada país de la Unión Europea y sus modelos de intervención con personas en situaciones de pobreza (Doherty *et al.*, 2008). Además, Iñaki Rivera (2004) argumenta que, en Europa, desde los años setenta y como reacción a la actividad de grupos armados, existe una política criminal fundamentada en la excepcionalidad penal, que justificaba la creación de cárceles de máxima seguridad, regímenes “especiales” para presos “especiales”, prácticas de aislamiento penitenciario, dispersión de grupos de presos o la creación de equipos de bases de datos especiales. Con el tiempo, la excepcionalidad penal (basada en su aplicación solo a casos de terrorismo y mientras este fenómeno durase) se ha mantenido y ampliado a otras problemáticas sociales y ámbitos legales (Aranda *et al.*, 2005).

Tanto la criminología de la intolerancia como la excepcionalidad penal han tenido un impacto directo en la transformación de los sistemas penales de las sociedades occidentales, que, a pesar de las diferencias de los contextos nacionales, presentan características comunes (Del Rosal, 2009). Según Manuel Cancio Meliá (2006), existen tres líneas de evolución de los sistemas penales que se entremezclan: el derecho penal simbólico, el nuevo punitivismo y el derecho penal del enemigo, aunque este último surge de la combinación de los anteriores. El derecho penal simbólico implica la promulgación de normas para conseguir efectos simbólicos, aunque en la práctica su aplicación sea irrealizable o de difícil cumplimiento, por lo que se forja a partir de mensajes de ciertos agentes políticos que buscan tranquilizar a la población o transmitir un sentimiento de seguridad y control (Silva, 2001). No obstante, se introduce una contundencia y

severidad en las normas que implica un resurgimiento del punitivismo, lo que produce un efecto perverso, ya que normas y regulaciones que en principio deberían ser simbólicas, o que se introdujeron con esa intencionalidad y para conseguir un efecto a corto plazo, acaban teniendo consecuencias penales reales sobre las personas (Cancio, 2006). Este sería el caso de las ordenanzas de civismo o convivencia que sancionan actividades como dormir en el espacio público o la mendicidad, relacionadas con situaciones de pobreza estructural. Si las personas sin hogar en situación de calle practican la mendicidad y son sancionadas, no importa que no puedan pagar una multa, porque el objetivo es el mensaje de seguridad y control que se transmite a la sociedad. Además de tipificar como delito una actividad de supervivencia, para justificar el nuevo punitivismo se utiliza una retórica bélica o violenta que requiere y justifica la dureza de las sanciones: los pobres practican “mendicidad agresiva”, y las personas que hurgan en los contenedores de basura en busca de alimentos o materiales para reciclar son “mafias organizadas”. De esta alianza entre derecho penal simbólico y nuevo punitivismo nace el derecho penal del enemigo (Cancio, 2006).

En opinión de Jakobs (2006), el derecho penal del enemigo radica en la distinción entre el ciudadano y el enemigo (la persona y la no persona). Para el autor, la condición de persona es una atribución social normativa. Los seres humanos, en el sentido físico-psíquico, biológico, no son personas *per se*; solo lo son mientras la sociedad les atribuye ese estado. Según Jakobs, la atribución social de esta condición, y, sobre todo, su preservación, dependerá de la conducta de los individuos en el contexto social. Si esta conducta está alineada en general con los modelos de comportamiento que se estiman adecuados para ser socialmente aceptable, entonces el individuo conserva su condición de persona sin ningún problema. No obstante, en caso de que su comportamiento real transgreda estos modelos, ya sea por elección o por la incapacidad del individuo de comportarse de otro modo, pierden su condición de persona y se reducen a no personas. En este sentido, según la teoría de Jakobs, solo las personas disponen de derechos y garantías judiciales, pero si estos individuos representan un “peligro”, es decir, si son una fuente de riesgos para la supervivencia del orden social establecido, deben ser sometidos al derecho penal del enemigo. Jakobs (2006), por lo tanto, defiende la existencia de un sistema penal dual: uno será el derecho penal para el ciudadano y otro el derecho penal del enemigo.

Como ha señalado Manuel Cancio Meliá (2006), el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, un avance de la punibilidad, esto es, se puede sancionar el riesgo de perpetrar un delito antes de cometerlo; en segundo lugar, un castigo desproporcionadamente alto; y, por último, ciertas garantías de procedimiento se relativizan o incluso se suprimen. Por lo tanto, lo que busca este derecho es excluir en lugar de prevenir, y, en consecuencia, no es un derecho penal basado en hechos, sino en grupos de riesgo y los autores de tales actos.

Todo ello nos lleva a afirmar que el derecho penal del enemigo no es fruto de una reacción improvisada a una agresión externa, como los atentados del 11 de setiembre, ni tampoco es una medida de carácter temporal, sino que es resultado de una nueva etapa evolutiva de los sistemas jurídico-penales.

3. Penalización del sinhogarismo

La relatora especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos elaboró un informe para denunciar que el aumento del control sobre la población en situación de pobreza estaba obstaculizando ejercer derechos humanos. La relatora utilizó la expresión *medidas de penalización* para referirse a las políticas, leyes y reglamentos administrativos utilizados para sancionar, segregar y controlar a las personas que viven en situaciones de pobreza. Diferenciaba entre medidas de penalización directa, como el enjuiciamiento y encarcelamiento de estas personas, y medidas de penalización indirecta, destinadas a regular y controlar excesivamente diferentes aspectos de su vida y autonomía (Sepúlveda, 2011). Con el apoyo del trabajo realizado desde el International Council on Human Rights Policy, se publicó el informe “Modes and Patterns of Social Control: Implications for Human Rights Policy” (ICHRP, 2010), en el que se ponía de relieve que los mecanismos de control contemporáneos, públicos y

privados, implementados mediante políticas, leyes y normas administrativas en los campos de la planificación urbana, asistencia social, salud, seguridad y justicia, estaban afectando desproporcionadamente a los derechos de las personas en situación de pobreza.

En el 2013 se publicó el libro *Mean Streets* (Fernández *et al.*, 2013), donde se desarrollaba el marco de la penalización de la pobreza en las situaciones específicas del sinhogarismo en Europa. El informe detectó una tendencia creciente de la criminalización de las actividades cotidianas de supervivencia de las personas sin hogar en el espacio público; un aumento de los obstáculos en el acceso a la vivienda social por parte de ciertas formas de sinhogarismo y evidencias en las medidas de segregación de personas sin hogar en zonas específicas de ciudades; y encarcelamiento, detención o expulsión de personas sin hogar a su país de origen cuando son extranjeros.

Respecto a la criminalización de las actividades que realizan las personas sin hogar para sobrevivir, destaca el caso de Hungría. En el año 2010, el Gobierno elaboró una estrategia para reducir el número de personas sin hogar en situación de calle a partir de un enfoque al que llamaron *tolerancia cero positiva*. El mismo año, el Parlamento aprobó una ley que autorizaba a los municipios a sancionar cualquier uso del espacio público que no estuviera recogido en esta. Budapest adoptó una ordenanza que prohibió el uso del espacio público para residencia habitual y almacenamiento de pertenencias en toda la ciudad, sancionándolo con 165 euros de multa. En el 2012, esta ordenanza se traspuso a una ley nacional que establecía que el uso de espacio público urbanizado no era apto para la residencia habitual y la sanción podía llegar hasta los 517 euros, y, en caso de impago, podía suponer entrar en prisión como sanción alternativa. Si la infracción se repetía por tercera vez, podía comportar sesenta días de prisión. La Corte Constitucional declaró inconstitucional dicha ley por vulneración de la dignidad humana, pero la respuesta del Gobierno fue incorporar en la Constitución de Hungría un precepto específico para permitir que el Parlamento o una ordenanza local pudieran declarar ilegal la estancia permanente en una parte concreta del espacio público con el fin de proteger el orden público, la salud pública y los valores culturales. Esto se ha traducido automáticamente en que el acceso a las zonas que son patrimonio de la humanidad ha quedado vedado a las personas sin hogar. Según la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA), los primeros datos que se obtuvieron de este proceso mostraron que 2.202 personas sin hogar fueron detectadas por la policía, 1.037 fueron sancionadas y 24 acabaron con sentencias de prisión³.

En referencia a los obstáculos para acceder a una vivienda social o a la red de alojamientos temporales para satisfacer sus necesidades residenciales, en *Mean Streets* (Fernández, 2013) se puso de relieve que, por ejemplo, en Inglaterra la reducción de más de un 70 % en las solicitudes de personas sin hogar para acogerse a la ley se produjo por la introducción del enfoque "Housing options". Este planteamiento se basaba en que los solicitantes debían dirigirse a la Administración local para realizar una entrevista formal y determinar cuáles eran sus problemas de vivienda. En función del problema detectado, se ofrecería asesoramiento sobre los diferentes medios y recursos a su alcance, así como información sobre los servicios de mediación familiar, provisión de garantías para la fianza del alquiler o recursos para situaciones de riesgo de violencia machista. Algunos estudios criticaron que las entrevistas se orientaban a prevenir que las personas sin hogar formalizaran su solicitud para acogerse a la legislación sobre sinhogarismo y, así, reducir las estadísticas de sinhogarismo en Inglaterra (Fernández, 2015).

Finalmente, la detención y expulsión de personas sin hogar migrantes y población gitana romaní es una realidad y una práctica en varios países europeos. Por ejemplo, el Gobierno francés, en el año 2010 decidió evacuar más de trescientos campamentos irregulares de población gitana

³ FEANTSA and its Hungarian members concerned by Hungarian Government Stance on Criminalising Homeless People", Press Release, 6 May 2013. <http://www.FEANTSA.org/en/press-release/2013/05/06/press-release-FEANTSA-and-its-hungarian-members-concerned-by-hungarian-government-stance-on-criminalising-homeless-people?bcParent=27>

romaní y comunidades itinerantes (*gens du voyage*) para deportarlos a Hungría y Rumanía (Fernández, 2011). La reacción del presidente francés en ese momento, Nicolas Sarkozy, se produjo después de varios días de disturbios en Saint-Aignan y Grenoble por el asesinato de dos jóvenes a manos de la gendarmería francesa. La valoración del Gobierno francés fue, desde el primer momento, señalar que las personas eran “ilegales” y “criminales” y estaban ocupando el espacio público irregularmente. Sin embargo, previamente, y a raíz de las reclamaciones colectivas de (39/2006) y el European Roma Rights Center (51/2008) contra Francia, se evidenció que la legislación introducida en el país galo en el 2000, que exigía que los municipios con más de cinco mil habitantes fijaran estacionamientos para las comunidades itinerantes, solo se había implementado en una minoría de municipios. El Gobierno francés reconoció el retraso en la implementación de esta política y estimó un déficit de alrededor de 41.800 plazas. Por ello, el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa estimó que la demora en el desarrollo de estas medidas expuso a las comunidades itinerantes a una situación de irregularidad y que en ningún momento se ofreció alojamiento alternativo a sus integrantes, entre los cuales había trabajadores migrantes romaníes que se encontraban en situación legal, por lo que condenaban las políticas de deportaciones masivas.

4. Penalización del sinhogarismo en España

En este apartado se desarrollará el marco conceptual sobre la penalización del sinhogarismo en el caso español. Para ello, analizaremos las principales medidas de criminalización del sinhogarismo, las dificultades de acceso a una vivienda social por parte de las personas sin hogar y las medidas para invisibilizar algunas formas de sinhogarismo en España. Debido a la amplitud del objeto de estudio y la temática particular de la presente publicación, nos centraremos especialmente en los aspectos de criminalización del sinhogarismo.

4.1. Criminalización del sinhogarismo

Fruto de la colaboración entre el Grupo de Apoyo Jurídico de Cáritas Española y la Clínica Jurídica ICADE de la Universidad Pontificia Comillas (curso académico 2015/2016), se llevó a cabo un proceso de estudio conjunto denominado “Criminalización de la pobreza en el derecho administrativo del enemigo: análisis de ordenanzas municipales de convivencia”. En este espacio se examinaron la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), más conocida como *ley mordaza*, y la ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). Además, se llevó a cabo un diagnóstico de la situación actual de las ordenanzas municipales en quince ciudades españolas con base en la criminalización de la pobreza y su tendencia en los últimos diez años.

En este subapartado nos centraremos en las áreas específicas que afectan a la criminalización del sinhogarismo, es decir, aquellas actividades cotidianas que las personas sin hogar en situación de calle se ven obligadas a realizar para sobrevivir y que son sancionadas en la LOPSC y las ordenanzas municipales.

4.1.1. El impacto de la ley mordaza en la criminalización del sinhogarismo

Desde la elaboración de su borrador hasta hoy, la LOPSC ha recibido numerosas críticas por parte de defensoras de derechos humanos, entidades del tercer sector, movimientos sociales y hasta de Naciones Unidas. La ley se considera innecesaria y su promulgación no responde a demandas sociales reales. Los motivos que alegó el Gobierno para justificar la necesidad de su incorporación al ordenamiento jurídico español fueron de dudosa consistencia. Así, por ejemplo, la presunta antigüedad de la norma a la que sustituye, que data de 1992, no parece un argumento convincente, vista la antigüedad de gran parte de las normas jurídicas vigentes en nuestro país (siendo ejemplos ilustrativos el Código civil de 1889, la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 o la Ley de expropiación forzosa de 1954). Por su parte, fundamentar la necesidad de una ley como la LOPSC en los cambios sociales que se han producido y en las nuevas formas de poner en peligro la seguridad ciudadana y el orden en el espacio público parece también desacertado, como su propia aplicación ya está constatando, pues resulta difícil encontrar evidencias que avalen esta postura del legislador, incluso en la propia norma, cuyo cuerpo y, en particular, cuya exposición de

motivos carecen de mención expresa alguna a estas realidades, que, teóricamente, son la *ratio essendi* de la propia ley.

Más allá de la idoneidad o no de la norma, una vez que entró en vigor, las principales críticas se basan en la infracción de principios jurídicos fundamentales, especialmente en lo concerniente al ordenamiento jurídico sancionador, como son la seguridad jurídica y la proporcionalidad. En la ley abundan los conceptos jurídicos indeterminados, lo que, sumado a la arbitrariedad que esto genera y a la preponderancia de la expuesta subjetividad de las autoridades en la sanción de determinadas conductas y en la imposición de las correspondientes sanciones, da pie a una importante inseguridad jurídica que afecta directamente a la ciudadanía y, especialmente, a las personas que viven en situaciones de pobreza. Las sanciones asociadas a algunas conductas son del todo exorbitantes y desproporcionadas. Los marcos fijados en la norma para la imposición de multas (sanción por excelencia en el derecho administrativo sancionador y, por ende, también en la LOPSC) son de 100 a 600 euros por infracciones leves, de 601 a 30.000 euros por infracciones graves y de 30.001 a 600.000 euros por infracciones muy graves. Así, por ejemplo, se consideran infracciones leves los siguientes supuestos: la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la ley; la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre este, cuando no sean constitutivas de infracción penal; o los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público. En este último caso, además, no se prevé acción o intencionalidad alguna e introduce un concepto jurídico indeterminado y subjetivo: el deslucimiento. Asimismo, se considera una infracción grave el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

Otra de las grandes críticas que recibe esta norma, en relación con la reforma del Código penal llevada a cabo en paralelo, es el hecho de que se hayan eliminado las faltas del Código penal y se hayan convertido ahora, en su mayoría, en infracciones administrativas, privando a los presuntos infractores del acceso a la tutela judicial efectiva e inmediata, del principio de presunción de inocencia y de otras garantías asociadas al proceso penal, por lo que podría llegar a imponerse sanciones por dichas infracciones administrativas notablemente más gravosas que las asociadas anteriormente a la comisión de faltas penales.

Adicionalmente, como último aspecto de la LOPSC, puede mencionarse el otorgamiento de un régimen especial para Ceuta y Melilla estipulado en la disposición final primera de la LOPSC, que es especialmente relevante en relación con la cuestión de inmigración, fronteras, refugiados y devoluciones de inmigrantes. Este régimen especial permite el rechazo y la inmediata expulsión de los inmigrantes en situación irregular sin observar ninguna de las garantías asociadas por ley a este tipo de procedimientos, violando principios de derecho internacional. Dicho de otro modo, se autorizan las expulsiones sumarias (de hecho, sin procedimiento administrativo). Sus consecuencias las veremos en el apartado 4.3.

4.1.2. La ordenanza tipo de la FEMP y su desarrollo local⁴

La ordenanza tipo de seguridad y convivencia ciudadana propuesta por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) tiene el objetivo de preservar el espacio público como un lugar de encuentro, convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, ocio y recreo, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas. La gran importancia de esta ordenanza reside en que constituye la guía que seguirán gran parte de los ayuntamientos, ya que sirve de base para posteriormente desarrollar sus propias ordenanzas adaptadas a las circunstancias y características concretas de cada municipio.

⁴ http://www.fempclm.es/Ordenanza-tipo-de-Seguridad-y-Convivencia-Ciudadana_es_288_827_0_318.html (enero 2018)

▪ Dormir y acampar

El artículo 84 de la ordenanza tipo de la FEMP estipula las normas de conducta y prohíbe el uso impropio del espacio público. Entre ellas, destaca la prohibición expresa de dormir de día o de noche en los espacios públicos y acampar en la vía y los espacios públicos. Esta última acción incluye la instalación estable de personas en estos espacios, así como de cualquier tipo de mobiliario o transporte (tiendas de campaña, vehículos, autocaravanas...), salvo autorización expresa. Ambas conductas se consideran infracciones leves y se sancionarán con multa de hasta 500 euros. En Bilbao y Barcelona, las ordenanzas contemplan que no está permitido dormir de día o de noche en las vías y espacios públicos (art. 24.2.b OMBi y art. 58.2.a OMB, respectivamente). En Barcelona se tiene en cuenta la circunstancia de que, cuando se trate de personas en situación de exclusión social, los servicios sociales municipales, si procede, acompañarán a estas personas al establecimiento o servicio municipal apropiado, con la finalidad de socorrerlas o ayudarlas en lo posible. En este caso, no se impondrá la sanción prevista (art. 60.2 OMB). En Badajoz, se prohíben las acampadas y pernoctaciones al aire libre, así como los asentamientos grupales y acampadas en los espacios públicos y rurales de la ciudad (art. 25.2 de la Ordenanza de policía urbana). Málaga prohíbe los campamentos y acampadas en la playa (art. 10 de la Ordenanza de playas). En Madrid, se considera una falta leve pernoctar en el vehículo respectivo en las cercanías de una zona con mercadillo (art. 42.1.c de la Ordenanza municipal reguladora de la venta ambulante). En Tarragona, también se prohíbe realizar acampadas libres en todo el término municipal, pero, además, se estima que la utilización de un vehículo como habitáculo tendrá la consideración de acampada no autorizada y, como tal, está prohibida en todo el territorio municipal (arts. 85.2 y 85.3 OMT). Para Zaragoza y Valencia, se establece: “Salvo en los lugares especialmente habilitados al efecto, no se permitirá en las zonas verdes ni en ninguna vía o espacio público, acampar, instalar tiendas de campaña o vehículos a tal efecto habilitados, practicar camping o establecerse con alguna de estas finalidades, cualquiera que sea el tipo de permanencia” (art. 8.h de la Ordenanza municipal del uso de las zonas verdes de Zaragoza y art. 32.f de la Ordenanza municipal de parques y jardines de Valencia).

La sanción varía mucho dependiendo de la provincia, pero, a excepción de Valencia, en el resto de ordenanzas se considera una falta leve. Por ejemplo, en Bilbao constituye infracción leve, con multas de hasta 750 euros, y en Barcelona, de hasta 500 euros. En Badajoz supone infracción leve, con multa de entre 200 y 750 euros. En Madrid, con los términos *pernoctar en el vehículo*, se considera infracción leve, con multa de hasta 150 euros, así como en Zaragoza y Tarragona, donde las multas son de entre 50 y 250 euros, en el caso de la primera, y 750 euros, en el caso de la segunda. Por último, en Valencia conlleva una infracción grave, con multa de hasta el 50 % del máximo legal.

▪ Sentarse, recostarse o tumbarse en mobiliario público

La ordenanza tipo de la FEMP establece en el artículo 88.4 la prohibición de dar a los bancos un uso contrario a su destino normal, por lo que utiliza un concepto subjetivo e indeterminado, de tal modo que se podría considerar una infracción administrativa recostarse o tumbarse en un banco si se piensa que ello es contrario a su uso.

Ninguna de las ciudades sanciona explícitamente la conducta de sentarse, recostarse o tumbarse en mobiliario público. No obstante, se puede sancionar el hecho de tumbarse en un banco para pasar la noche, porque la mayoría de las ordenanzas prohíben dar al mobiliario público una utilización contraria a su uso o destino. El problema es que en muchas ordenanzas no se especifica a qué fines está destinado un bien determinado ni qué conductas son contrarias a estos, lo cual genera inseguridad jurídica y podría llevar a que se sancione a una persona por estar tumbada bajo una marquesina durante la noche.

Así pues, ciudades que prohíben utilizar los bancos o asientos públicos de forma contraria a su uso o destino natural son, por ejemplo, Barcelona (art. 58.2.b OMB), Badajoz (art. 38 de la Ordenanza municipal de limpieza urbana), Bilbao (art. 24.2.c), Las Palmas (arts. 9 y 10 de la

Ordenanza de Convivencia, Santander (arts. 2 y 5) y Sevilla (art. 11 de la Ordenanza de arbolado, parques y jardines públicos). Prácticamente todas las ordenanzas estudiadas castigan el mal uso de los bancos públicos como una infracción leve.

▪Uso de parques, jardines y zonas verdes

En la ordenanza tipo de la FEMP se recoge de forma muy breve, en el artículo 91, que se debe respetar la señalización y los horarios de los jardines y parques, así como la que puedan formular la policía local o el personal de los servicios competentes. Así, cualquier persona que entre o se encuentre en un parque fuera del horario indicado, con la intención, por ejemplo, de dormir, podrá ser sancionada. Todas las infracciones recogidas en dicho artículo se consideran leves. Este sería el caso, por ejemplo, de San Sebastián (art. 14.3 OMSS), que especifica: “Queda igualmente prohibido permanecer en el interior de los parques con horario regulado más allá del horario de cierre”.

▪Rebuscar, manipular y recoger basura. Tirar basura

El artículo 20.2 de la ordenanza tipo sanciona arrojar o depositar residuos, desperdicios y cualquier tipo de basuras y escombros en las vías públicas y espacios de uso público. No obstante, el artículo 28.13 añade que también se prohíbe rebuscar, hurgar y extraer elementos depositados en las papeleras y recipientes instalados en la vía pública. Ambas conductas son constitutivas de una infracción leve con sanción máxima de hasta 750 euros (art. 162).

Todas las ciudades estudiadas sancionan arrojar basura a la vía pública, bien en la ordenanza genérica de convivencia ciudadana y uso de los espacios públicos, bien en una ordenanza específica de limpieza urbana (o incluso en ambas). Así pues, todas las ordenanzas prohíben de forma similar arrojar o esparcir en las vías y espacios públicos todo tipo de desperdicios o residuos. Algunas ciudades concretan las conductas prohibidas (tirar chicles, colillas, papeles, recipientes de bebidas, etc.), como Tarragona (art. 122), Valladolid (art. 14), San Sebastián (art. 12) o Las Palmas (art. 37). Otras ciudades lo hacen mediante ordenanzas específicas, como la Ordenanza municipal de limpieza urbana de Badajoz (art. 31) o la Ordenanza municipal de limpieza urbana de Bilbao (art. 10).

No obstante, las conductas de rebuscar o recoger basura apenas se sancionan, a excepción, por ejemplo, del caso de la Ordenanza municipal de limpieza urbana de Valencia, donde hay un artículo específico (art. 29) que penaliza rebuscar y retirar cualquier material residual depositado en los contenedores u otros lugares señalados para su recogida por el servicio municipal.

Respecto a las sanciones, estas pueden variar en función del grado de intencionalidad, la reincidencia o reiteración, el daño ocasionado y otras circunstancias. En general, la conducta de tirar o arrojar basura o desperdicios se tipifica en todas las ciudades como infracción leve.

▪Ejercer la mendicidad

El artículo 59 de la ordenanza tipo de la FEMP prohíbe, por un lado, la mendicidad activa, es decir, conductas que, bajo la apariencia de mendicidad o bajo formas organizadas, representen actitudes coactivas o de acoso, u obstaculicen e impidan intencionadamente el libre tránsito de los ciudadanos y ciudadanas por los espacios públicos”. Asimismo, concreta que se castiga también el ofrecimiento de cualquier bien o servicio a personas que se encuentren en el interior de vehículos privados o públicos, lo cual constituye una falta leve. En caso de que la infracción consista en la limpieza de los parabrisas de los automóviles detenidos en los semáforos o en la vía pública, la infracción se considera grave. Por otra parte, supone una infracción muy grave la mendicidad ejercida, directa o indirectamente, con menores o discapacitados. Además, es importante destacar que, en el caso de la mendicidad activa (sin menores o discapacitados), se establece expresamente la posibilidad de sustituir la multa por sesiones de atención individualizada o cursos acerca de las posibilidades de asistencia social, etcétera.

Aproximadamente, la mitad de las ciudades estudiadas sancionan la mendicidad, pero solo l

a que se ejerce de forma activa. Barcelona (art. 35) castiga la mendicidad activa (aquella que impide el libre tráfico de los ciudadanos) y la que se lleva a cabo con menores o personas discapacitadas. En San Sebastián, la mendicidad se sanciona de un modo semejante (art. 16). En el caso de Barcelona (art.35.5) y el de Granada (art. 50.5), se establece que, ante otras formas de mendicidad no activa y que tengan raíz social, los agentes de la autoridad contactarán con los servicios sociales para recopilar información referente a los recursos municipales más adecuados para atender a las personas en esa situación. Hay una serie de ciudades que sancionan de forma similar la mendicidad coactiva, insistente, agresiva, etcétera. Este es el caso de Málaga (art. 36), Santander (art. 17) y Tarragona (art. 125).

Destaca el caso de Valladolid, donde, por sentencia del 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, se declaró nulo el artículo 15.1 de la ordenanza, que sancionaba cualquier tipo de mendicidad en las vías y espacios públicos. La sentencia anuló la prohibición genérica de mendigar porque vulnera el derecho a la libertad de las personas, aunque clarifica que es lícito multar situaciones de coacción, conflicto moral, violencia psíquica o mera incomodidad que el ejercicio de la mendicidad acarree a los ciudadanos. El problema radica más en la redacción de este artículo, puesto que se refiere a cualquier forma de mendicidad.

En la mayoría de estas ordenanzas, la mendicidad se sanciona como infracción leve. No obstante, la mendicidad es una infracción grave cuando se lleva a cabo con menores o personas discapacitadas, por lo que se llega a imponer sanciones importantes.

Es especialmente interesante lo previsto por determinadas ciudades, como Tarragona, donde las ordenanzas establecen que, en casos de mendicidad (sin utilizar menores o personas discapacitadas), los agentes de autoridad informarán a las personas de que esas conductas están prohibidas y, solo en caso de que persistan en ellas, se procederá a imponer la correspondiente sanción (art. 127).

▪Lavarse o bañarse en el espacio público

El artículo 93 de la ordenanza tipo de la FEMP prohíbe lavarse, bañarse o limpiar objetos de cualquier clase en las fuentes o estanques públicos. Además, en el artículo 84 se especifica la prohibición de lavar ropa en fuentes, estanques, duchas o similares. Ambas conductas constituyen infracciones leves con sanciones de hasta 500 euros (art. 162).

Por su parte, el artículo 67.1 prohíbe realizar necesidades fisiológicas, como defecar, orinar o escupir, en cualquiera de los espacios públicos. Esto se considera una infracción leve de hasta 300 euros. No obstante, si estas acciones se realizan en espacios de concurrida afluencia de personas o frecuentados por menores, o bien se producen en mercados de alimentos, monumentos o edificios catalogados o protegidos, o en sus proximidades, se trata de una falta grave con multa de entre 750 y 1.500 euros.

Todas las ciudades recogen en sus ordenanzas medidas como las de la ordenanza tipo, ya sea estableciendo la prohibición de realizar necesidades fisiológicas (defecar u orinar) en el espacio público, como en Tarragona (art. 122.1.b), o la prohibición de lavarse, bañarse o lavar la ropa en fuentes, estanques o similares, como en Barcelona (arts. 58.2.c y 58.2.d) o Valladolid (art. 12). Las sanciones de estas acciones serán leves o graves en función de la relevancia del lugar, la afluencia de personas o la presencia de menores.

▪Consumo de estupefacientes y bebidas alcohólicas

La ordenanza tipo de la FEMP no hace referencia al consumo de comida y de bebida en general en la vía pública, aunque sí regula la venta ambulante de comida y bebida. Las ciudades han seguido esta línea, a excepción de Valencia, donde en el artículo 26 de la Ordenanza de parques y jardines se prohíbe el pícnic con la intención de favorecer la conservación y el mantenimiento de las zonas ajardinadas, así como realizar comidas sobre los bancos de forma que se puedan manchar sus elementos.

Por contra, la ordenanza tipo trata en profundidad el consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes. La regla general se dispone en el artículo 70, donde se prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas y otras drogas en los espacios públicos con base en la protección de la salud pública, el respeto al medio ambiente o el derecho a la tranquilidad de los vecinos.

Tras analizar las diferentes conductas prohibidas en distintas ciudades de España y sus correspondientes sanciones, es importante apuntar que, en la mayoría de las ordenanzas, se busca el equilibrio entre un discurso inclusivo (basado en la importancia del ciudadano) y otro represivo (dirigido a erradicar conductas “antisociales”), así como un objetivo final más “estético”, en lugar de perseguir el bien común de *todos* los ciudadanos. Se identifican medidas más simbólicas que efectivas y un resurgimiento del punitivismo. Uno de los problemas fundamentales que se observa es la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados, que provoca que la sanción, o no, de ciertas conductas dependa más de lo subjetivo (criterio de las autoridades) que de lo objetivo (los hechos, lo fáctico). No obstante, hay que resaltar que las sanciones sí tienen un marco claro, definido y cuantificado. Por último, un aspecto positivo que se aprecia en algunas ordenanzas, aunque sea de forma minoritaria, es que postulan modelos cohesionados de sociedad y convivencia y hacen referencia a colectivos vulnerables o en exclusión, en relación con la función de protección social de los municipios.

4.2. Obstáculos en el acceso y realización del derecho a la vivienda

En España, las diferentes situaciones de sinhogarismo se han atendido tradicionalmente desde los servicios sociales. Siempre ha existido una fuerte separación entre las áreas de vivienda y de servicios sociales. La primera actuaba sobre los problemas estructurales de la vivienda y la segunda atendía los problemas de las personas. Una el continente y la otra el contenido. Esta separación se reproduce en todos los niveles administrativos, Estado, comunidades autónomas y municipios, excepto en casos contados. La concepción del sinhogarismo como una problemática que debe atenderse desde los servicios sociales se ha traducido en un enfoque de escalera dominante y, por ello, el acceso de las personas sin hogar a una vivienda social no se ha tenido en cuenta como una solución principal y sostenedora. La falta de coordinación administrativa y la insuficiencia presupuestaria en ambas áreas ha impedido completar el itinerario a través de recursos residenciales temporales que finalicen en el acceso a una vivienda social independiente y permanente. Los principales obstáculos para acceder a una vivienda social por parte de las personas sin hogar son de carácter estructural, de modelo, de concepción, tanto del sinhogarismo como de la importancia de la vivienda social, ya que las administraciones públicas deberían facilitar el acceso, sostener el disfrute y garantizar la defensa del derecho a la vivienda (Fernández, 2015). Igualmente, queremos añadir algunos obstáculos específicos:

- Dimensión del parque de vivienda social: la escasez estructural de vivienda social en España es un problema para la población y, en particular, el principal obstáculo para los grupos más vulnerables, como las personas sin hogar. Esta insuficiencia crónica imposibilita y dificulta los procesos de realojamiento por pérdida de vivienda o los procesos de salida del sinhogarismo hacia una vivienda independiente. Además, la escasez del parque de viviendas sociales y la insuficiencia de ayudas a la vivienda trasladan la problemática residencial a los servicios sociales, que asumen la resolución de situaciones más allá de los casos estrictamente de sinhogarismo, como, por ejemplo, la concesión de ayudas económicas para pagar fianzas u otros gastos que facilitan el acceso a una vivienda del mercado privado de alquiler.
- Priorización entre grupos vulnerables: la escasez de vivienda social y la diversificación de nuevas problemáticas residenciales hacen que la Administración no diferencie adecuadamente entre situaciones de emergencia residencial sobrevenida y situaciones de urgencia ya consolidadas. En la actualidad, un porcentaje muy elevado de viviendas sociales se están adjudicando de manera directa por parte de los municipios o las comunidades autónomas para atender situaciones de emergencia social, como la pérdida de vivienda por impago de alquiler o ejecución hipotecaria. En cambio, las viviendas sociales para alojar a personas sin hogar cronificadas son escasas y se enmarcan en programas específicos o experiencias piloto. La creación de listas de espera en

situaciones de urgencia y emergencia genera debates técnicos, políticos y sociales sobre la prioridad de algunos grupos vulnerables frente a otros en el acceso a la vivienda social. Esta discusión se amplía a las largas listas de espera de la población general inscrita en los procedimientos de adjudicación del Registro de solicitantes de vivienda con protección oficial. La escasez de vivienda social supone, en ciertos casos, problemas de “competencia” entre grupos vulnerables e instrumentalización política.

- **Criterios de asignación no adaptados y contradictorios:** los criterios de asignación determinan la elegibilidad de las personas que pueden acceder a una vivienda social. Cuando el parque de vivienda social es escaso, estos criterios tienden a ser restrictivos. Los criterios de disponer de ingresos mínimos y estar empadronado en el municipio desde un cierto tiempo (meses o años) pueden determinar la exclusión, *de facto*, de una parte importante de personas sin hogar del acceso a una vivienda social. El acceso a la vivienda social debe dirigirse a la población que no puede acceder al mercado, pero, sobre todo, debe centrarse en figuras residenciales que permitan el acceso a la vivienda social de personas que disponen de ingresos muy reducidos o carecen de ellos, como es el caso de las personas sin hogar, que, a lo sumo, perciben una prestación mínima. Por otro lado, en el caso de empadronamiento, algunos municipios lo facilitan aunque la persona no disponga de una vivienda, pero no siempre se posibilita este proceso. De hecho, en determinados casos es un obstáculo no contar con acompañamiento o servicios de apoyo para la realización de gestiones administrativas dirigidos a personas sin hogar. La existencia de nuevas situaciones de sinhogarismo y exclusión residencial ha obligado a revisar reglamentos de adjudicación de viviendas sociales, como es el caso de las situaciones de desahucio, ejecución hipotecaria u ocupaciones de viviendas. Por ejemplo, un requisito extendido para ser adjudicatario de una vivienda social de alquiler es no ser propietario de una vivienda, pero, en los casos de ejecución hipotecaria, para actuar de forma preventiva, se debe facilitar el realojo antes de que se deje de ser propietario legalmente. El caso de las ocupaciones ilegales ha generado a la Administración importantes contradicciones para otorgar o no una vivienda social. Las familias o personas que hayan ocupado una vivienda pública o privada por necesidad e incapacidad de realojo alternativo inminente por parte de la Administración son, normalmente, excluidas del acceso a la vivienda social porque, según la propia Administración, estaría enviando el mensaje a la sociedad de fomentar la ocupación ilegal. En todos los casos, su acceso, si es que se produce, vendrá determinado mediante una prioridad otorgada por informes de servicios sociales municipales o por una entidad social.

- **Coordinación administrativa:** en muchos casos no hay coordinación (o no es suficiente) entre administraciones estatales, autonómicas y municipales para definir conceptos de situaciones de emergencia o urgencia y para consensuar criterios, procedimientos y respuestas políticas en torno a ellas y, así, clarificar los procesos de asignación de vivienda social.

4.3. Invisibilización y expulsión

Históricamente, en Europa se ha realizado una peligrosa (y falsa) asociación entre inmigración y delincuencia (Capdevila *et al.*, 2010). Los gobiernos europeos siempre han incluido la inmigración como una responsabilidad de los ministerios de Interior. El Grupo Trevi, creado en Europa en 1976 como marco para la cooperación intergubernamental, se puso a trabajar sobre una serie de problemas que afectaban a todos los países. El acrónimo de este grupo responde al tratamiento del terrorismo, el radicalismo, el extremismo, la violencia y la inmigración (Pajares, 1999). Además, en el Tratado de Maastricht, en el artículo K1, se abordan los problemas de inmigración y delincuencia de manera conjunta. En el año 2005, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos y España firmaron el Tratado de Prüm, con el que se buscó introducir normas específicas en relación con la inmigración ilegal, así como la prestación de datos como el ADN o la información de la huella digital para su control e identificación (Freixes, 2008).

En junio del 2008, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2008/115/CE, conocida como *directiva de retorno*, que consolidó el proceso de regresión de los derechos humanos que está teniendo lugar en la Unión Europea. Tras la Directiva 2001/40/CE, la legislación se ha centrado en

la migración ilegal y en la expulsión de migrantes. Desde su aprobación, el socavamiento de los derechos y la exclusión y criminalización de los inmigrantes extranjeros se han convertido en un estándar en toda Europa (Silveira, 2011). Las medidas administrativas de control y represión de la inmigración ilegal han convertido a los países europeos en estados expulsores, es decir, máquinas administrativas que se dedican al internamiento y expulsión, donde los extranjeros son tratados como personas menores o, incluso, como no personas (Silveira, 2009). Los centros de detención o internamiento para extranjeros (CIE) se han convertido en un instrumento común en las políticas estatales dirigidas a este colectivo, de los que se vale el derecho penal especial y administrativo para el control y represión de los migrantes.

El 1 de abril de 2015 entraba en vigor la disposición adicional primera de la nueva Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —referida al llamado régimen especial de Ceuta y Melilla y las expulsiones sumarias en frontera—. Esta normativa ya ha empezado a tener sus efectos.

Según el informe anual del Servicio Jesuita a Migrantes-España (SJM-E), durante el 2016 se internaron 7.597 personas en los diferentes CIE del Estado. Entre las personas internadas, 2.110 fueron expulsadas y 95 devueltas. Es decir, un 29 % de las personas internadas en los CIE fueron repatriadas forzosamente, expulsadas. En consecuencia, se puede afirmar que el 71 % de las personas migrantes detenidas no han sido deportadas. Dos de cada tres personas internadas en los CIE son privadas de libertad, sin ser finalmente expulsados. Además, el SJM-E denuncia que, en el 2016, se ha llegado a 51 menores encerrados en los CIE.

La explicación que ofrece la organización se basa en las detenciones por estancia irregular. En el 2016, 35.882 personas fueron detenidas en España por no tener su documentación en regla, mientras que 9.241 personas fueron repatriadas de forma forzosa (5.051 personas por medio de órdenes de expulsión y 4.190 personas mediante devolución), lo que representa un 26 % respecto a las personas detenidas. Por lo tanto, un número muy elevado de personas fueron detenidas a raíz de una solicitud de documentación identificativa en la vía pública por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Resulta especialmente grave que estas detenciones se produzcan en la vía pública o en dispositivos o redadas de identificación de personas migrantes, por lo que son totalmente aleatorias, sin que haya denuncia penal o la presunta comisión de un delito penal. Un 26 % de las personas visitadas en los CIE por el SJM-E superaba los quince años de residencia en España.

Es una obviedad la aplicación del derecho penal del enemigo a la población extranjera y a la inmigración en Europa. Pero ¿podemos afirmar la existencia de una tendencia al desarrollo del derecho penal del enemigo entre las personas sin hogar?

Un ejemplo siempre ayuda a comprender mejor la situación. En el 2011, en Bilbao (País Vasco), la policía local y la Unidad de Extranjería de la Policía Nacional entraron en un depósito de cadáveres abandonado donde 63 personas sin hogar estaban durmiendo. De estas, 44 personas no tenían su documentación en orden y fueron detenidas por la Unidad de Extranjería, que abrió un proceso contra ellas por encontrarse en el país de forma irregular⁵. Quienes no disponían de antecedentes policiales podían ser puestos en libertad hasta que se completara la tramitación de la orden de expulsión; en otros casos, se procedía a la retención en un centro de internamiento y, por último, a la expulsión. La intervención de la policía fue motivada por las quejas de los vecinos, que alertaron de “la presencia de indigentes que pernoctaban en el edificio abandonado” y “las peleas constantes que originaban”, lo que amenazaba su seguridad y generaba problemas de salubridad. Por lo tanto, la intervención policial se llevó a cabo para evitar problemas de seguridad e insalubridad.

⁵ <http://medios.mugak.eu/noticias/noticia/291193> (enero del 2018)

En resumen, si bien no es posible afirmar que el derecho penal del enemigo se está aplicando a las personas sin hogar de forma generalizada, en el caso de la población inmigrante sin hogar en situación irregular sí se identifican las características básicas de criminalización en un estado anterior al delito, la desproporción de las penas y la reducción de garantías procesales. El cruce entre la criminología de la intolerancia y la excepcionalidad penal, el derecho penal simbólico y el nuevo punitivismo están consolidando la extensión del derecho penal del enemigo a situaciones de sinhogarismo y dibujan un escenario preocupante de desarticulación del carácter protector de los sistemas penales inherentes a los estados sociales y democráticos en el marco del Estado de derecho (Rivera, 2004).

5. Conclusiones

En este artículo se ha evidenciado el impacto directo que tiene la regulación del espacio público sobre las condiciones materiales y los derechos de las personas sin hogar. Este fenómeno no puede analizarse sin tener en cuenta un proceso más amplio de penalización del sinhogarismo. La criminalización de las actividades de las personas sin hogar para (sobre)vivir en la calle y los obstáculos para acceder a una vivienda social, así como las medidas que quieren invisibilizar el sinhogarismo mediante su expulsión de ciertas zonas de la ciudad o a través de la detención y deportación a otros países, forman parte de un mismo proceso de penalización del sinhogarismo.

Hemos aplicado este marco conceptual para el caso español y se han evidenciado leyes, normativas y políticas que penalizan el sinhogarismo. Se han analizado diferentes ordenanzas de ciudades que llevan más de diez años de implementación en la regulación del espacio público. Se detectan las políticas de la criminología de la intolerancia y la excepcionalidad penal. Aunque las personas sin hogar no son un objetivo específico de las ordenanzas, sí lo son las actividades que se ven obligadas a realizar para sobrevivir en la calle. Se sancionan actividades como dormir, acampar, mendigar, buscar en la basura o lavarse en la vía pública. Más allá de la obviedad de que carece de sentido multar a quien no puede pagar, se concluye que, a partir de estas medidas, se está aplicando el derecho penal del enemigo a las personas sin hogar migrantes en situación irregular. Son personas que, sin haber cometido ningún delito, más allá de su situación administrativa, son detenidas, reciben un castigo desproporcionado y no disponen de garantías procesales plenas.

Por otro lado, la entrada en vigor de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, ha generado un nuevo marco jurídico que criminaliza y sanciona la ocupación de la vía pública y autoriza las expulsiones sumarias en frontera sin procedimiento administrativo. Habrá que comprobar su desarrollo e impacto en las nuevas ordenanzas de civismo o convivencia que se están debatiendo y en los procesos de expulsión de personas migradas en situación administrativa irregular.

Además, con la raquítica dimensión del parque de vivienda social y la saturación del sistema de provisión residencial para ofrecer realojo alternativo en caso de desahucio en España, se evidencia una dificultad en el acceso a una vivienda social para ciertas formas de sinhogarismo más extremas.

Por todo ello, se constata un proceso intenso de penalización del sinhogarismo en el Estado español.

La gestión neoliberal del sinhogarismo supone una visión economicista de los derechos humanos que radica en la reducción de estándares y minimización de obligaciones esenciales. El reconocimiento de derechos ya no es una amenaza, si se operativiza con criterios restrictivos y selectivos que limiten la demanda y las solicitudes. La dualización de servicios sociales, del sistema de alojamiento o del sistema de sanidad genera “guerras entre pobres” con diferentes situaciones administrativas, pero con las mismas necesidades no cubiertas. Hay situaciones de sinhogarismo que el sistema ya no pretende resolver, solo esconder, trasladar, encarcelar o expulsar. Para ello, el control y la gestión del sinhogarismo es imprescindible. En Europa, y en el

caso español, se está articulando un marco legislativo peligroso, ambiguo y abierto que puede dar lugar a una aplicación arbitraria en función de quien atienda la situación.

La penalización del sinhogarismo no es más que un ejemplo de gestión neoliberal de la pobreza que en cada país se produce de forma e intensidad diferentes. En España, la criminalización de las actividades cotidianas de personas sin hogar en situación de calle, la obstaculización en el acceso al sistema de alojamientos temporales y a vivienda social o la expulsión de personas migradas sin hogar por estar en situación administrativa irregular reflejan una gestión neoliberal del sinhogarismo y no una estrategia para erradicar la problemática de acuerdo con una perspectiva de derechos humanos.

Como vía alternativa, desde la criminología, Hillyard (2004) nos invita a superar las definiciones neoliberales de delito producido por un individuo amoral racional y nos propone adoptar la perspectiva de daño social, con la recuperación de la responsabilidad social sobre el delito. Ferrajoli (2013) propone, basándose en investigaciones de una criminología crítica global, abordar el concepto de crímenes de los mercados o crímenes de sistema para referirnos con ello a los crímenes de masa contra la humanidad, realizados por mercados y estados, que la criminología debe leer como agresiones a los derechos humanos y a los bienes comunes. ¿Por qué no se analiza el daño social causado por la especulación con bienes y necesidades básicas como la comida o la vivienda? ¿Por qué no se elaboran ordenanzas sobre el comportamiento de los agentes económicos que actúan en las ciudades?

Debemos recuperar el vínculo social con *el otro* y abordar las situaciones de sinhogarismo desde una perspectiva de derechos humanos que satisfaga las necesidades de las personas, potencie sus capacidades y las empodere.

Bibliografía

Aranda, M.; Chaves, G.; Moreno, M.; Posada, J. D.; Rivas, C.; y Rivera, I. *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005)*. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2005.

Baker, D. J. "A Critical Evaluation of the Historical and Contemporary Justifications for Criminalising Begging". *The Journal of Criminal Law*, 73 (3) (2009), pp. 212-240.

Blower, E.; Donald, K.; y Upadhyay, S. "The Human Rights Implications of Contemporary Patterns of Social Control". *Journal of Human Rights Practice*, n.º 4 (2) (2012), pp. 197-212.

Brenner, N.; Peck, J.; y Theodore, N. "Urbanismo neoliberal: la ciudad y el imperio de los mercados". *Sociales*, n.º 66. Santiago de Chile, marzo del 2009.

Busch-Geertsema, V. *Urban Governance, Homelessness and Exclusion. Homelessness and access to space in Germany. National Report for Germany*. Bruselas: Working Group 1, European Observatory on Homelessness, FEANTSA, 2006.

Cabrera, P.; y Rubio M.ª J. *Personas sin techo en Madrid. Diagnóstico y propuestas de actuación*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003.

Carmona, M.; Heath, T.; Oc, T.; y Tiesdell, S. *Public Spaces: Urban Spaces*. Oxford: Elsevier, 2003.

Cancio, M. "De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?". En Jakobs, G.; y Cancio, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*, segunda edición. Madrid: Civitas, 2006.

- Capdevila, M.; y Garreta, J. *Los extranjeros en las cárceles catalanas*. Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, Universidad de Lérida (GRID), 2010.
- Criminalización de la pobreza en el derecho administrativo del enemigo: análisis de ordenanzas municipales de convivencia*. Clínica Jurídica ICADE y Grupo de Apoyo Jurídico de Cáritas Española. Universidad Pontificia de Comillas, 2016.
- Del Rosal, B. "¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08 (2009), pp. 08:1-08:64.
- Doherty, J.; Busch-Geertsema, V.; Karpuskiene, V.; Korhonen, J.; O'Sullivan, E.; Sahlin, I.; Tosi, A.; Petrillo, A.; y Wygnańska, J. "Homelessness and Exclusion: Regulating Public Space in European Cities". *Surveillance & Society*, n.º 5 (3) (2008), pp. 290-314.
- Fernández, G. "Geographies of exclusion". En *Governing poverty: risking rights?* Open Democracy, 2011.
- Fernández, G. (ed.). *Mean Streets. A Report on the Criminalization of Homelessness in Europe*. Bruselas: Housing Rights Watch, FEANTSA, Fondation Abbé Pierre, 2013.
- Fernández, G. *El acceso a la vivienda social de las personas sin hogar. Estudio de casos: Alemania, España, Finlandia y Reino Unido*. Tesis en red. Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2015.
- Ferrajoli, L. "Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea". *Crítica Penal y Poder*, n.º 4 (2013), p. 224. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.
- Freixes, T. "Integración europea y derecho de la inmigración (extranjería y *multilevel constitutionalism* en la Unión Europea)". En Balado, M. *Inmigración, estado y derecho*. Barcelona: ed. Bosch, 2008.
- Geremek, B. *La piedad y la horca: historia de la miseria y de la caridad en Europa*. Madrid: Alianza Editorial, 1989.
- Hillyard, P.; Pantazis, C.; Tombs, S.; y Dave Gordon (eds.). *Beyond Criminology: Taking Crime Seriously*. Londres: Pluto Press, 2004.
- Jakobs, G.; y Cancio, M. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2006.
- Meert, H.; Stuyck, C.; José Cabrera, P.; Dyb, E.; Filipovic, M.; Gyori, P.; Hradecký, I.; Loison, M.; y Maas, R. *The Changing Profiles of the Homeless People: conflict, rooflessness and the use of public space*. Bruselas: European Observatory on Homelessness, FEANTSA, 2006.
- Morell, A. *La legitimación social de la pobreza*. Vol. 33. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2002.
- O'Sullivan, E. "Criminalising People who are Homeless?". *FEANTSA Magazine*, verano del 2007.
- Pajares, M. *La inmigración en España. Retos y propuestas*. Colección Antrazyt. Barcelona: Icaria, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- Rivera, I. *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2004.

Sepúlveda, M. "La extrema pobreza y los derechos humanos". Asamblea General de las Naciones Unidas. A/66/265. 4 de agosto de 2011.

Informe CIE 2016. Servicio Jesuita a Migrantes-España (SJM-E), 2017.

Silva, J. M. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

Silveira, H. C. "Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea". *Crítica Penal y Poder*, n.º 1 (2011), pp. 1-21.

Tosi, A.; y Petrillo, A. *Urban governance, homelessness and exclusion in Italy. National Report for Italy*. Bruselas: Working Group 1, European Observatory on Homelessness, FEANTSA, 2006.

Tosi, A. "Homelessness and the Control of Public Spaces - Criminalising the Poor?". *European Journal of Homelessness*, n.º 1, pp. 225-236.

Von Mahs, J. "Introduction - An Americanization of Homelessness in Post-Industrial Countries". *Urban Geography*, n.º 32 (7) (2011), pp. 928-929.

Wacquant, L. "The Penalization of Poverty and the Rise of Neoliberalism". *Capítulo Criminológico*, vol. 31, n.º 1, enero-marzo del 2003, pp. 7-22.

Wacquant, L. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.

Young, J. *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. Londres: Sage Publications, 1999.