

¿La igualdad como argumento para utilizar el derecho penal? Acerca de la falta de acceso a la vivienda y el delito de usurpación en la interpretación de los tribunales en Argentina

Gustavo A. Beade

(Universidad de Buenos Aires/CONICET)

gbeade@derecho.uba.ar

Abstract

The paper deals with a particular use of the criminal law in unequal societies against disadvantages groups attempting to limit their access to social rights. More specifically, I will defend here the occupation of public places as a consequence of the failure of the government to solve the problem of housing. I will argue on the one hand that we must distinguish between a social claim and a crime and avoid the use of criminal law in certain cases. On the other hand, I will criticize the particular use of the concept of equality use by the defenders of the “punishment solution”.

Resumen

El trabajo trata con el uso particular del derecho penal en sociedades desiguales y en contra de grupos desaventajados con la intención de limitar su acceso a derechos sociales. Más específicamente, defendiendo la ocupación de espacios públicos como consecuencia de la falla de los gobiernos en solucionar el problema del acceso a la vivienda digna. Voy argumentar, por un lado, que debemos distinguir entre un reclamo social y un delito para evitar el uso del derecho penal en determinados casos. Por otra parte, voy a criticar el uso particular del concepto de igualdad aplicado por los defensores de la “solución del castigo”.

En este trabajo me interesa mostrar la forma en la que se resuelven judicialmente los casos que involucran la usurpación de un terreno público. Como sabemos, en general, ocupar un

terreno ajeno implica la comisión de un delito. En muchos casos estas acciones están motivadas por la inacción del Estado en brindar respuestas ante reclamos por falta de acceso a la vivienda. Sin embargo, en estos casos la respuesta de los jueces es la aplicación del derecho penal. El argumento para distinguir entre un reclamo social y la comisión de un delito, entienden estos jueces, se basa en el respeto al principio de igualdad que vincula tanto a quien ocupa un terreno ajeno y como al resto de los conciudadanos. En este sentido, este sentido de igualdad, demandaría un deber moral de no cometer delitos que todos debemos respetar dentro de una comunidad democrática, por el cual quien no lo respeta debe ser castigado, sin excepción. Mi intención aquí será cuestionar esa utilización del argumento de igualdad y dar razones para señalar que en contextos de desigualdad el Estado no debería aplicar un castigo penal a quien usurpa un terreno público.

1. Reclamos y usurpación

Quisiera aquí presentar un caso ficticio, pero que se parece mucho a casos que todos conocemos: un grupo de personas, cansadas de esperar durante años, las respuestas del gobierno ante sus reclamos para la obtención de una vivienda digna, decide usurpar un parque público, abandonado hace años por el propio gobierno y utilizado, sólo ocasionalmente, por los vecinos de la zona. Este grupo de personas actúa ante una situación de desesperación acuciante en la pretensión de lograr para su familia, al menos, un lugar decente para vivir, lo que supone dejar de vivir en las casillas y bajo los puentes que habitan al momento de la usurpación. Su objetivo es construir, de a poco, y de la forma que se pueda, una vivienda en ese parque. Este grupo de personas, no recibe ningún tipo de ayuda, y su situación de pobreza extrema ha sido provocada por decisiones en las que ellos no han participado. Esto quiere decir que su situación no es por su culpa. Ante la necesidad de obtener una vivienda digna para vivir junto a su familia su desesperación los lleva a instalarse directamente en el parque con todas sus pertenencias y con sus hijos. Ante la falta de respuesta estatal, concretar su objetivo, es visto por ellos como algo legítimo y justificado moralmente.

Luego de los primeros movimientos que evidencian la usurpación por parte de los que llamaré en adelante “los usurpantes”, un grupo de vecinos decide llamar a la policía. La

policía acude y con una autorización judicial desaloja violentamente el predio. Esta autorización judicial tomó en consideración que la usurpación es un delito establecido en el Código Penal y procedió a la utilización de la fuerza para desalojar y detener preventivamente a “los usurpantes” quienes ahora, además de haber perdido el lugar que creyeron que tenían para construir su vivienda, deberán afrontar un proceso penal en su contra. En lo que sigue me interesaría pensar argumentos para mostrar las dificultades a las que podrían estar sometidos algunos jueces para poder diferenciar entre la comisión de un delito y brindar una respuesta a un reclamo de un derecho social para luego analizar los argumentos que podrían dar “los usurpantes” y las respuesta (si puede dar alguna) que implica la aplicación del derecho penal (solución del castigo).

2. ¿Comisión de un delito o reclamo por el cumplimiento de un derecho social?

La pregunta que me interesaría intentar responder aquí, se vincula con cierta imposibilidad de los jueces, en particular los jueces penales, para resolver cuestiones como las que he planteado en la sección anterior de una forma que permita, partir de la base de entender la usurpación no como un delito, sino como un reclamo social, o como en este caso, la reacción ante el incumplimiento de una promesa política. Me interesa pensar las razones por las que no sería posible salir del derecho en estos casos y evitar así la aplicación de un castigo por hechos como estos.

En primera lugar diría que el rol que cumplen jueces y fiscales en el derecho penal, les impide ver más allá de lo que las normas penales le indican. Esto es, ante la comisión de un delito, los jueces y fiscales penales, tienen la obligación legal como funcionarios públicos de tratar la cuestión, en principio, como un delito. En particular y en los casos de usurpación de un terreno la configuración del delito es bastante sencilla, según lo que establece el Código Penal, esto es, el ingreso en un terreno ajeno con la finalidad de permanecer allí por un tiempo prolongado. Se podría argumentar que no es tarea de los jueces y fiscales penales, establecer los motivos que llevaron a esas personas a usurpar un terreno ajeno, como así tampoco las circunstancias previas en las que viven y las complejidades a las que se someten de hacerlo. Su obligación, podríamos decir, es determinar si están ante un delito o no, y que tareas deben llevar a cabo para poder

establecerlo, determinar los culpables y castigarlos conforme al derecho que esté vigente. Todo esto, sería sencillamente lo que diría un funcionario judicial para evitar ingresar en la cuestión que a mi interesa discutir acá. Mi pregunta sería, que pasa con todo lo que está detrás de los hechos que le interesan al derecho penal: ¿siempre es irrelevante? Si los jueces no pueden distinguir esta cuestión: ¿Quién podría hacerlo? ¿Qué queda para “los usurpantes” cuyas pocas opciones los llevan a ocupar un terreno público y es esa misma desesperación lo que los lleva a ser criminalizados penalmente? En definitiva creo que un juez que identifique las circunstancias de los hechos como un problema social, también tendría problemas para justificar su decisión de no considerar (y no investigar) los delitos involucrados en los hechos. Vuelvo sobre esto más adelante e intento dar una respuesta sobre esto.

3. Sobrecriminalización de la desigualdad

Asumo aquí que “los usurpantes” son grupos de personas heterogéneos, conformado por grupos desaventajados que incluyen ciudadanos que viven en graves condiciones de pobreza, que quieren dejar atrás su propia precariedad y mejorar sus perspectivas de futuro. Es evidente que casi la única posibilidad de cambiar esa situación podría darse sólo con la intervención estatal, lo que incluye la ayuda del gobierno para poder construir su propia vivienda. Como hemos visto, el favorecimiento de la “solución penal” es impulsada, en primer lugar, por miembros de la misma comunidad a la que pertenecen “los usurpantes” bajo el argumento de que debemos respetar y aplicar la ley.¹ Esto muestra que para una parte de la comunidad, no hay otra alternativa para resolver un conflicto que no sea a través de la fuerza del derecho y en partir de la coerción que impone el derecho penal. Así, la consecuencia necesaria de esto es la aplicación del proceso de desalojo lo cual incluye una violencia extrema, daños y lesiones físicas. Luego de esto, la consecuencia necesaria del uso de la fuerza (y ante su resistencia) parece ser la persecución penal y, en ciertos casos, el encarcelamiento preventivo de alguno de “los usurpantes”.

Esta circunstancia se acrecienta a partir de la idea de que estos grupos de personas pueden transformarse en enemigos, para lo cual necesitan un trato específico que difiere del que se

¹ Para una explicación sobre los usos de este tipo de argumentación, véase Waldron (2000).

le brinda a quienes son considerados como ciudadanos. Sobre esto, habría mucho que decir, por el momento sólo quisiera señalar que estos grupos desaventajados tienen cierta vulnerabilidad para ser sancionados penalmente que otros ciudadanos no tienen y su imposibilidad de ajustarse a las normas, los haría pasibles de ser tratados de una forma diferente. De este modo, la ausencia de respeto por el derecho, los miedos del anarquismo y el peligro de ser el próximo dañado constituyen las bases de apelar a las “soluciones” del derecho penal.² Todas estas circunstancias confirman en establecer que existiría una *sobrecriminalización* en contextos de desigualdad que estaría centrado en el uso concreto del derecho y no en la proliferación de leyes penales (la llamada “inflación penal”), sin embargo el sentido sería básicamente el mismo que se propone en otros contextos: castigamos muchas personas, muy duramente y destructivamente. (Husak, 2007; Duff, 2010b).³ Una explicación posible a este tipo de reacciones podría vincularse con el llamado “populismo penal”. Veamos un poco de que se trata este concepto.

4. El populismo penal

Resulta algo dificultoso poder definir concretamente el concepto de “populismo penal”, aunque podría decir sencillamente que se trata de una *avalancha* de individuos - indeterminada en número y composición social- movilizados en pos de lograr “cambios” en un sentido amplio, efímeros y sin ninguna dirección concreta.⁴ Tratando de precisar esta vaga definición, es complejo poder identificar estos reclamos que se enrolan bajo ciertos *slogans* como banderas que se agitan y se repiten tantas veces que evitan profundizar concretamente, en qué consistiría ese cambio y que consecuencias prácticas traería.⁵

² Acerca de esta asunción, vinculada específicamente con la ausencia de una vivienda ver Failer (2000).

³ Acerca de la idea de sobrecriminalización ver Husak (2007).

⁴ En posiciones más sencillas se ha señalado que se trata de un discurso que es caracterizado por un llamado al castigo en nombre de las víctimas. *Cfr.* T. Daems (2007: 319).

⁵ Es posible señalar que la única consecuencia práctica que una demanda populista penal podría ocasionar es el aumento de personas privadas de su libertad. Esta circunstancia no ha podido ser relevada en Argentina, pero otros países como los Estados Unidos, han incorporado políticas impulsadas por el populismo penal como la regla de *Three Strikes and Your're Out*, la *Megan's Law* y *Truth in Sentencing*. Desde la implementación de estas políticas el aumento de detenidos en los EE.UU ha alcanzado números impensados. Así, desde 1981 hasta 1992 se alcanzó una cantidad de detenidos igual a la que había en 1981. Es decir que en 11 años se duplicó la cantidad de detenido. Para más detalles *cfr.* F. Zimring (2001:161). Para un análisis de la legislación punitiva en Nueva Zelanda, la *Sentencing Act*, la *Parole Act* y la *Victims Rights Act*, ver J. Pratt/M. Clark (2005: 303).

Cierto es que las políticas penales están moldeadas por una gramática simbólica de formas culturales, así como por la dinámica más instrumental de la acción social, de modo que, al analizar el castigo, es preciso contemplar los patrones de expresión cultural y la lógica del interés material o control social. Sin embargo, el populismo penal, como fenómeno reciente escapa a este razonamiento, por uno más globalizado y menos argumentado.

Es posible efectuar alguna clasificación provisoria de las características de estos movimientos.⁶ En primer lugar, muestran *una pérdida de vinculación entre los contenidos simbólicos y operativos de las leyes penales*. En segundo lugar, existe *un resultado de suma cero en los propósitos del castigo penal*.⁷ Por último se percibe *“una paradójica política de desconfianza en la legislación penal”*⁸.

En relación con el primer aspecto, se ha dicho que este punitivismo impulsado por el populismo penal ha perdido el simbolismo del antiguo derecho penal. En esta medida los cambios que se impulsan sobre el sistema penal hacen mayor hincapié en el impacto operativo de la sanción, más no en su aspecto simbólico. Así, el sistema penal se ha transformado en un perro que ladra menos, pero muerde más fuerte.⁹

Estos reclamos muchas veces son iniciados por familiares de víctimas que han sufrido la pérdida de un ser querido en circunstancias verdaderamente dolorosas. Es con la consumación de un delito que comienza una doble vía de acción por parte de estos familiares. Por una parte comienza una investigación judicial que tiende a verificar y avanzar en la resolución del asunto, mientras que por otro lado comienza el movimiento populista que tiene, quizá, otros fines.

Pongo en duda esta afirmación porque desconozco cuáles son los fines de quienes encabezan estos “movimientos”.¹⁰ Difícil es poder identificar algo más que un sentimiento

⁶Esta dificultad puedo observarla en autores que actualmente trabajan esta problemática. Por ejemplo Roberto Gargarella da un definición algo escueta respecto del populismo penal, señalando que dentro del populismo penal incluye a “las corrientes que pretenden que el derecho penal tome la forma que la ciudadanía reclama, particularmente a través de sus voces más salientes o resonantes en el tema, que suelen ser las de las víctimas del crimen y sus allegados”. Acerca de estos véase, Gargarella (2007: 127).

⁷ Garland (2005: 46), señala que este nuevo imperativo político en la que las víctimas deben ser protegidas termina asumiendo un juego de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar “de parte” de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes.

⁸ F. Zimring (2001:163).

⁹ F. Zimring (2001:163)

¹⁰Caracterizo al populismo penal como un movimiento. No estoy seguro de que esta sea una definición correcta para ello. Sin embargo, no encuentro ninguna otra -por el momento- que me satisfaga más.

retributivo muy fuerte y con pretensión de expansión amplia.¹¹ Me explico: no alcanzo a vislumbrar algo más que buscar la imposición de una sanción lo más fuerte posible sobre el victimario de sus familiares. Sólo se trata de lograr la mayor cantidad de pena para quien ha causado un dolor irreparable en su vida, esto es el clásico y renovado retribucionismo.¹²

Esto también se advierte cuando estos individuos perciben que el delito del que han sido víctimas, directa o indirectamente, no tiene una escala penal que logre satisfacer esa voluntad retributiva. Sus reclamos tienden a cuestionar esta legislación positiva, pero es aquí donde es posible poder advertir nuevamente la ausencia de otros fines distintos de la venganza. Al proponer aumento de escalas penales en ciertas sanciones no están pensando, al menos eso creo, en fines preventivos, esto es, aumento de penas para desincentivar ciertas conductas, sino todo lo contrario.¹³ Se pretende que quienes realicen dichas conductas sean sancionados más fuertemente que antes.¹⁴

Esta cuestión puede ser vinculada con el segundo aspecto que podría caracterizar estos movimientos, y es el resultado de suma cero en relación al castigo penal. Señala Zimring que si el sistema de justicia penal es imaginado como un juego de suma cero, nada que puede lastimar a los imputados por definición podría ayudar a las víctimas. En esta medida, habría que preguntarse las razones de castigar de esta forma, esto es, retributivamente.¹⁵ En este razonamiento, hasta una compensación económica permitiría salir de esta juego sin resultado determinado entre víctima y victimario.¹⁶

Es posible pensar que estos fenómenos ocurren en gran parte del mundo y que son parte de la modernización de la sociedad.¹⁷ También sería interesante no sólo pensar al populismo

¹¹En este sentido, *cfr.* Garland (nota 6, p. 43), quien señala que “esto ha restablecido la legitimidad de un discurso explícitamente retributivo que, a su vez, le ha hecho más fácil a los políticos y las legislaturas expresar abiertamente sentimientos punitivos y aprobar leyes más draconianas”.

¹²J. Whitman (2008).

¹³Otra posible definición la brinda Michael Tonry quien señala que estos cambios hacia el populismo penal se deben a una gran cantidad de individuos comparten en una era las mismas percepciones y creencias que justifican estos cambios, inconscientemente advierten que estos cambios pueden ser erróneos y que ellos mismos en algunos años se den cuenta de esta equivocación. *Cfr.* Tonry (2001: 167).

¹⁴Hay algunos teóricos del derecho penal que ven como una preocupación estos movimientos populistas, dado que, señalan, conllevan a un estado más autoritario. Así, este “nuevo punitivismo” acarrea un menor protección procesal de los sospechosos, el rápido aumento de la cantidad de prisionizados, y la implementación de leyes como la de los “Three strikes”. Véase Ashworth/Zedner (2008).

¹⁵Asimismo se ha señalado que estas nuevas formas de castigo pueden incluir la negación de los derechos de los penalizados a recibir educación y empleo, dado su efectividad económica. *Cfr.* Larkin (2007: 304).

¹⁶Zimring (nota 3, p. 164).

¹⁷Pratt (2000)

penal en el sentido expresado más arriba y vincularlo con la intención que tienen quienes lo propagan en el uso concreto de las leyes vigentes. Para relacionarlo concretamente con los casos de usurpación que aquí me interesan, diría que los mismos que impulsan el populismo penal, estarían de acuerdo en la aplicación del derecho penal en casos similares. Se parte de una base que muestra que el derecho penal sirve como solucionador de conflictos, pero quizá con un sentido diferente en el uso del castigo penal. Si los defensores del populismo penal piensan en la creación de nuevas normas basándose en la utilización del castigo, sólo con fines retributivos, en lo que respecta a la aplicación de las leyes penales y en casos como los que aquí interesan, la utilización del castigo en estos casos tendría efectos disuasorios. De este modo, con la criminalización de la ocupación ilegal de terrenos públicos lo que se intenta es dar un mensaje a través del castigo para quienes quieran o pretendan imitar esas conductas desistan de hacerlo. Así el populismo también muestra desde una vertiente vinculada al utilitarismo ético la necesidad de evitar acciones de este tipo. Pero quisiera en lo que sigue preguntarme si este es un uso correcto del derecho penal y si existe algún tipo de obligación que nos obligue a no actuar, aún ante situaciones de extrema gravedad como las que describo en este texto. Agregó más adelante las razones para evitar tomar en consideración estas acciones penales promovidas por este populismo.

5. El uso del derecho penal y la obligación moral de seguir todas las reglas legales

Me gustaría en esta sección defender algunas de las acciones descritas en el ejemplo inicial, me refiero a la ocupación de lugares públicos, en particular en contextos de desigualdad. Sobre este punto, voy a argumentar contra el uso del derecho penal desde dos puntos de vista: el primero estará centrado en el argumento de que casos de usurpación o de las acciones llevadas a cabo por “los usurpantes” no son asuntos del derecho penal. Mi segundo punto estará relacionado con los argumentos morales que “los usurpantes” podrían brindar contra las acciones violentas del Estado, esto es, razones personales contra la posibilidad de ser castigados. Este segundo punto está dirigido a responder porque, en cualquier caso y en cualquier situación, todos los ciudadanos de una comunidad estaríamos obligados a obedecer todas las reglas legales penales existentes. Sin embargo, mi preocupación no es con las regulaciones legales. Por esta razón tampoco estoy tratando de

dar argumentos relacionados con justificaciones o excusas legales, porque no es el punto que quisiera desarrollar aquí, aunque también creo que es posible encontrar una respuesta plausible para justificar esas conductas en la legislación penal actual.¹⁸ En este sentido, no voy a ensayar aquí una teoría general de la desobediencia legal ni tampoco a dar argumentos contra su responsabilidad o intentar desacreditar la autoridad del derecho penal en estos casos.¹⁹ En cambio, mi objetivo será algo más modesto: quisiera defender en estos casos concretos de usurpación, estas acciones concretas de usurpar tierras abandonadas o parques deshabitados desde estos dos puntos de vista, vinculados a las obligaciones estatales y sobre las obligaciones de los ciudadanos en contra del uso del derecho penal en estos casos.

Cuando un cierto Estado no provee soluciones para eliminar o disminuir la desigualdad y la pobreza, castigar a alguien que vive en condiciones de extrema pobreza como aquellos que deciden usurpar un parque público, supone un castigo penal injusto. Por lo demás, no puede ser negado que quienes viven en una comunidad democrática deben cumplir con una variedad de deberes y obligaciones. Existen también obligaciones que corresponden al Estado en general y a los gobiernos en particular, vinculados con la provisión de bienestar e igualdad para todos los ciudadanos. Si el Estado no satisface esas condiciones previas sería hipócrita en castigar a grupos desaventajados que viven en circunstancias injustas creadas por él (Tadros, 2009: 409).²⁰

El Estado en los casos de usurpación, no tienen un status moral para imponer un castigo, siendo que es el propio Estado el que causa esa situación previa de desigualdad. Asumiendo este punto de vista, mi argumentación aquí irá por un camino algo diferente. Más allá de la imoralidad del Estado para imponer un castigo a ciudadanos desesperados que invaden un parque público para asegurarse un lugar donde vivir, quisiera referirme al problema de cómo decidimos usar la ley en estos casos. Mi preocupación es con la posición de funcionarios judiciales que sostiene que sólo pueden aplicar la ley establecida para este delito cuando se les presentan situaciones análogas a las que describí. Estoy interesado en dar argumentos

¹⁸ En contra de esto Malamud Goti (2005)

¹⁹ Sobre los problemas de responsabilidad criminal ver Tadros (2009). Para un acercamiento a la obligación de obedecer el derecho basado en el contrato social clásico ver Reiman (2007).

²⁰ Una fundamentación acabada de este argumento puede verse en Duff (2001); en particular relacionado con grupos desaventajados Hudson (1996); Tadros (2009); Gargarella (2011).

contra el malentendido que supone estar atrapado por el derecho, lo cual supone que sólo podemos aplicarlo, sin tomar en cuenta las condiciones particulares del caso. En definitiva, mi punto sería, por un lado reconocer esta imposición de un castigo inmoral e injusto, y por el otro cuestionar una actitud de los jueces y fiscales que les impide reconocer esta cuestión y actuar de un modo diferente. Estas acciones de jueces y fiscales, constituye una mala concepción del positivismo jurídico. Al parecer los funcionarios judiciales argumentan que no tienen otra chance que aplicar la legislación vigente, y que si existen problemas con las leyes vigentes esto no es algo sobre lo que ellos puedan manifestarse, sino que por el contrario, este sería un asunto de los legisladores que no las modifican. En lo que sigue criticaré este argumento.

Esta actitud de “mirar hacia otro lado” en contextos de privaciones severas es moralmente cuestionable y deja a las personas abandonadas y sin la posibilidad de tener otras chances para evadir el castigo penal. Además, contradice el punto de vista democrático en los que las comunidades deben basarse, porque falla en tratar a sus conciudadanos con igual respeto y consideración (Duff, 2001:183). Sin embargo, mi argumento no debería ser sólo un argumento moral, sino también uno democrático. Debería argumentar en ambos sentidos para intentar solucionar el problema práctico.

Pienso que habría varias formas de reclamar al Estado, para que los funcionarios judiciales resuelvan este tipo de conflictos de otra forma. La paleta de posibilidades es bien amplia, sin embargo, me gustaria concentrarme en un punto: esto no es un asunto del derecho penal. Tengo dos argumentos para defender esta afirmación: el primero es acerca de la responsabilidad del Estado sobre los grupos desaventajados. Como señalé previamente, la situación de pobres e inmigrantes no es debido a sus malas decisiones o su propia imprudencia, sino, debido a decisiones políticas. La respuesta lógica debería ser que esto requiere una solución política no una “no solución” brindada por el derecho penal. Está claro que no podemos construir casas o crear empleos con el derecho penal. Fácticamente, el derecho penal no nos provee de ese tipo de soluciones o de soluciones, en general. En palabras de Antony Duff, el castigo es reconocimiento y respuesta a daños y males que nuestros conciudadanos sufrieron (Duff, 2010:15-16). En este sentido, deberíamos rechazar este uso del derecho penal que no toma en cuenta ningún tipo de sufrimiento y que es

utilizado, en parte, para satisfacer reclamos de alguna parte de la comunidad y en parte para ahorrarse el dinero que supondría la satisfacción del derecho a la vivienda de “los usurpantes” y de muchos otros. Entonces, deberíamos detenernos para evitar la situación crítica y afrontar el problema de igualdad.

Adicionalmente, mi segundo argumento, es que según entiendo, los casos de usurpación no traen aparejado ningún daño y además no hay ninguna víctima identificable. Además, los derechos que pueden ser presentados, como violados, por la ocupación son débiles en contra de la extrema necesidad de los ocupantes. Alguien podría argumentar que “me sería imposible correr por el parque todas las mañanas, actividad que realizo hace veinte años” o lo que sea. Se podría decir que estas personas están tomando el parque para su propio interés y que en definitiva es algo que le pertenece a toda la comunidad. Sin embargo, la respuesta simple contra ese argumento es que también el resto de la comunidad es responsable por el tratamiento sin el debido respeto y consideración que nos debemos como conciudadanos. Cuando tenemos un grupo de personas que se encuentra en una situación crítica, como la de aquellos que no tienen un lugar donde vivir, hay argumentos que no pueden jugar ningún rol. Es nuestro interés por el otro, lo que debería movernos para intentar resolver, exigir o al menos no censurar determinados tipos de conductas, entre ellas, claro, las usurpaciones como las he planteado. Por lo tanto, esta carencia, no nos deja en la mejor posición para juzgar moralmente o inculpar a los ocupantes por sus actos. En resumen, no hay un daño moral en tratar de sobrevivir en situaciones tan difíciles como las que tienen que afrontar los ocupantes y por otra parte, el resto de la comunidad no tienen un reclamo moral que tienda a preservar la desigualdad. De otro modo: ¿deberíamos dejarlos morir porque son desafortunados? ¿Deberían morir para ser reconocidos como mártires o como testimonio de nuestra desigualdad?

Como señalé previamente, no estoy particularmente interesado en presentar soluciones prácticas o legales. Sin embargo, sería posible pensar en soluciones que no tuvieran como premisa utilización del derecho penal. Se podría pensar en la intervención de organismo administrativos, o quizá mejor, la intervención de organismos políticos o gubernamentales para empezar resolver la cuestión programando, en casos como estos, políticas públicas de mediano y largo plazo para resolver los problemas habitacionales. El reconocimiento de

que estamos ante un problema no relacionado con el derecho penal es una necesidad que debemos reconocer para evitar castigar a personas sólo por el hecho de su mala fortuna. No sólo el Estado no está en el mejor lugar para imponer un castigo penal, como señalé es hipócrita en no reconocer que, en definitiva, todo es culpa suya, sino que los ciudadanos tampoco tienen legitimado su reclamo con sus conciudadanos ocupantes. En definitiva, no existe un derecho a intentar mantener la desigualdad que sufren los otros.

6. Conclusión

El reconocimiento de la desigualdad de la comunidad en la que vivimos, debería llevar necesariamente a reconocer que hay personas que están peor que otras y que muchas de las cosas que hacen, deben ser tratadas de otra forma. En particular y en casos en los que la usurpación es lo que debe discutirse, la solución no puede provenir del derecho penal, quizá ni siquiera del derecho. Como señalé durante el texto, el problema a enfrentar debe ser considerado desde un punto de vista vinculado a la solución de problemas sociales y al desarrollo de políticas públicas. Es por eso que para esto, debemos rechazar no sólo aquello que se propone desde lo que llamamos populismo penal, sino que también debemos cuestionar a jueces y fiscales que evitar salirse de lo que dicen las normas legales como si su trabajo constara en desconocer todo aquello que está circunscripto por una realidad que nos indica que podrían estar tomando soluciones injustas.

Bibliografía

- Ashworth A. /Zedner L. (2008), “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, *Criminal Law and Philosophy* 2, 1.
- Daems, T (2007) “Engaging with penal populism: The case of France” *Punishment and Society*, 9; 319.
- Duff, R.A. (2001). *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press.
- Duff, R.A. (2010a). ‘Inaugural Address: Towards a Theory of Criminal Law?’ *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary Volume lxxxiv*.
- Duff, R.A. (2010b). “A criminal law for citizens” *Theoretical Criminology* 14 (3).
- Failer, J., (2000). “Homelessness in the Criminal Law” in Heffernan and Kleinig (ed.). *From Social Justice to Criminal Justice. Poverty and the Administration of Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2007). “The Right of resistance in situations of severe deprivation” in T. Pogge (ed.), *Freedom from poverty as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2007) “‘Neopunitivismo’ y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8.
- Gargarella, R (2011). “Penal Coercion in Contexts of Social Injustice” 5 *Criminal Law and Philosophy*
- Garland, D. (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. M. Sozzo (TRAD.) Barcelona: Gedisa.
- Hudson, B. (1996), “Punishing the poor: a critique of the dominance of legal reasoning in penal policy and practice” in Duff, A., Marshall, S., Dobash, R. and Dobash R. (eds.). *Penal theory and practice*. Manchester: Manchester University Press.
- Husak, D. (2007). *Overcriminalization*. Oxford: Oxford University Press.
- Larkin, P. (2007) “The ‘Criminalization’ of Social Security Law: Towards a Punitive Welfare State?” *Journal of Law and Society*, vol. 34, Num. 3.

- Malamud-Goti, J. (2005), "La justificación de los delitos de los desposeídos", SELA 2005, Buenos Aires: Del Puerto.
- Pratt, J. (2000) "Emotive and Ostentatious Punishment: Its Decline and Resurgence in Modern Society", *Punishment and Society*, 2
- Pratt, J./Clark, M. (2005) "Penal populism in New Zealand" *Punishment and Society*, 7; 303.
- Ramsay, P. (2010). "Ovecriminalization as vulnerable citizenship" 13 *New Criminal Law Review* 262.
- Reiman, J. (2007). The Moral Ambivalence of Crime in an Unjust Society" 26 *Criminal Justice Ethics* 3.
- Tadros, V. (2009). "Poverty and Criminal Responsibility" 43 *Journal of Value Inquiry* 391.
- Tonry, M. (2001) "Unthought Thoughts: The Influence of Changing Sensibilities on Penal Policies" *Punishment and Society*, 3; 167.
- Whitman, J. (2008), "Entre la legítima defensa y la venganza. Entre el contrato social y el monopolio de la violencia", G. Beade (TRAD.) *Nueva Doctrina Penal* 2008/A., Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Zimring, F. (2001), "Imprisonment Rates and the New Politics of Criminal Punishment" *Punishment and Society*, 2; 161.