

Néstor Pedro Sagüés (Argentina) *

Derechos y contraderechos (a propósito de la violencia urbana) **

I. Introducción. La seguridad personal como derecho humano

El derecho a la seguridad personal es un típico derecho humano, generalmente de raigambre constitucional pero también de alcurnia supranacional, en el sentido de que está reconocido por una serie de instrumentos internacionales.

Por ejemplo, así figura en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), cuando indica que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a “la seguridad de su persona”. El derecho “a la libertad y seguridad personales” se repite en el artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica repite una expresión parecida, en su artículo 7, inciso 1º. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es todavía más explícita, al señalar en su artículo 5º, inciso *b*, que toda persona, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, tiene derecho “a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”.

En su versión restringida, el derecho a la seguridad personal parece vincularse al derecho a la integridad física, en el sentido de tutelar al individuo contra daños a su cuerpo. Pero en una acepción más amplia comprende también la protección frente a otros ataques conexos, como privaciones o perturbaciones a la libertad ambulatoria, atracos, invasiones a su domicilio, atentados sexuales y, en general, amenazas o intimidaciones

* Catedrático titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina, donde es director del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional.

** Originalmente publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 186, pp. 827 y ss. La actual versión incluye modificaciones.

que impidan a un ser humano disfrutar de su *derecho a la tranquilidad*, sin temer lesiones a su persona o a sus bienes. Ese amparo tiende a llamarse *seguridad pública*.¹

Queda claro, entonces:

- a. Que el derecho a la seguridad personal es un derecho honda y estructuralmente *humano*, algo estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, un derecho básico y fundamental, de tipo innegable.
- b. Que opera como una suerte de “derecho fundante” valioso tanto por sí mismo como porque posibilita el goce de otros derechos. De no haber garantías respecto de la integridad personal, por ejemplo, raro es que puedan ejercitarse otros derechos como los políticos, circular libremente, ser propietario, emitir libremente ideas, practicar un culto, etcétera.
- c. Que respecto del Estado, cabe exigirle roles *preventivos*, en el sentido de impedir agresiones contra las personas o sus bienes, como también roles *represivos* (de sanción para quienes infrinjan el referido derecho a la seguridad personal). Implica igualmente para el Estado *deberes de acción*, como los ya señalados, y *de omisión* (no atacar a las personas). Desde esta perspectiva es un derecho multioperativo.
- d. Que es un derecho *bifronte*, en el sentido de que se dirige tanto contra las autoridades públicas como a los particulares, quienes deben, por su parte, respetar la seguridad de sus semejantes.

No obstante su condición de derecho humano fundamental, innegable, fundante, bifronte y multioperativo, el derecho a la seguridad personal (que exige también, como vimos, seguridad pública) es contrastado por una realidad cotidiana que lo rechaza, desmiente y cuestiona. Su vigencia, en particular en lo que hace al ámbito urbano, choca con un incremento de la delincuencia respecto de los delitos contra las personas, la honestidad y la propiedad; la ínfima cantidad de casos penales efectivamente resueltos y con condena; el aumento de policías y custodios agredidos o asesinados; la toma de rehenes y la disminución en la edad de los delincuentes.² Como

¹ Sobre la descripción del concepto de seguridad pública y sus variables nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, 3ª ed., Astrea, 1999, Buenos Aires, pp. 374-5.

² Algunos datos son hartamente llamativos. Por ejemplo, en Argentina, “sólo una de cada mil personas que delinquen son alcanzadas por el sistema penal”. En la provincia de Buenos Aires, en 1990, hubo 234.502 delitos, y en 1997 fueron 399.638. El 63% de las víctimas de delitos contra la propiedad no los ha denunciado. En 1996 hubo 6.180 condenas y en 1998 solamente 4.311. En la ciudad de Buenos Aires, cerca de 80.000 personas usurpan terrenos fiscales. Existen quince “villas de emergencia”: asentamientos ilegales, cerrados e impenetrables. De acuerdo con un informe de la Fundación Mediterránea referido al país, por cada punto que aumenta la tasa de desempleo, el delito se acrecienta en un 0,39%. Otras fuentes acreditan que la mitad de los condenados tiene menos de 30 años y el 80% apenas terminó la escuela primaria. El 50% de los sentenciados asegura que delinquirió por razones de lucro. Como dato ilustrativo, Gustavo Palmieri apunta asimismo: “En la ciudad de Buenos Aires hay más policías por habitante que en Nueva York. Por la desconfianza en las instituciones, sólo se denun-

contrapartida surge otro problema por cierto preocupante: el retorno en muchos casos a la “justicia privada”, ejecutada (ante la ineficacia de los roles preventivos y represivos que debería haber cumplido el Estado) por las víctimas o por sus deudos.

II. “Legitimación” de las agresiones. Aspectos psicosociales

En los últimos lustros las agresiones a la seguridad personal no sólo han crecido cuantitativamente sino que intentan cubrirse con un barniz de justificación que principia por la convicción personal del agresor, en el sentido de que lo que está haciendo no es algo reprochable.

Si aplicamos aquí en parte el esquema de Albert Bandura (que, si bien refiere a la legitimación de actos terroristas, entendemos también útil para comprender la agresión común hacia la seguridad personal), veremos que esos conductos de legitimación del hecho agresivo operan para: a) eliminar los mecanismos de freno o autocontrol del sujeto agresor; b) bloquear los dispositivos de autosanción del autor de tales conductas destructivas. Por ambas rutas, y gracias a tal doble “desconexión moral”, el agresor encuentra (de modo consciente o subconsciente) justificativos tanto para superar las barreras internas que normalmente le impiden violar la seguridad personal del prójimo, como para después no sentirse culpable de su acto.³

Los dispositivos aludidos se aplican en dos niveles diferentes:

1. *En cuanto a la conducta reprobable*

a. *Justificación moral de la agresión.* Cuando ello se logra, el sujeto agresor entiende que su acto es bueno, por más que la norma jurídica lo condene. “Lo que es culpable —escribe Bandura— puede hacerse honorable a través de una reinterpretación cognoscitiva”. Un argumento corrientemente utilizado es el de las penurias económicas, que justificarían hurtos y robos, primero para comer y después, en algunos casos, simplemente como medio de vida.⁴

cia el 30% de los delitos, se empieza a investigar un 10% de ese 30%, y apenas se resuelve el 10% del anterior 10%”. Cf. diario *La Nación*, Buenos Aires, 6.12.1999, pp. 11 y 12. Sugerimos también consultar a Elías Carranza (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes, Siglo XXI*, México, 1997, pássim, y Autores varios, *Derechos humanos, proceso penal y seguridad ciudadana*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s/f, pássim.

³ Cf. Albert Bandura, “Mecanismos de desconexión moral”, en Walter Reich y otros, *Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales*, trad. por Sergio Bolaños, Pomares-Corredor, Barcelona, 1994, pp. 173 y ss. Hemos modificado parte del plan expositivo de este autor.

⁴ En un reciente y sonado caso (octubre de 1999) de asalto al Banco de la Nación Argentina, en Ramallo (provincia de Buenos Aires), uno de los delincuentes, entrevistado telefónicamente por periodistas, expresó que asaltaba el banco para proveerse de medios que le permitieran vivir bien y evitar volver a la cárcel.

b. *Comparación paliativa (o ventajosa)*. Aquí el agresor legitima su comportamiento juzgándolo nimio, o disculpable, si se lo coteja con otros delitos más graves (generalmente, de *cuello blanco*) que permanecen impunes (por ejemplo, grandes negociados, sobornos, contrabandos o desfalcos perpetrados por altos funcionarios públicos o por importantes empresarios, macroevasiones impositivas, “vaciamientos” y desaparición de fondos realizados por directivos bancarios, etcétera).

c. *Etiquetado eufemístico*. En esta variable legitimatoria, el agresor disimula la gravedad de su acto denominándolo de otro modo. Así, en lugar de *asesinar* o de *matar*, dirá *enfriar*, *borrar* o *despenar*. En vez de *usurpar* preferirá decir *ocupar*. En reemplazo de *robar* dirá *limpiar*, *hacer* (a alguien) o algo parecido. El artilugio lingüístico sirve así para exculpar o minimizar el acto lesivo.

d. *Desplazamiento de responsabilidades*. Conforme con esta estrategia, el agresor traslada la “culpa” del acto dañoso a otro sujeto, generalmente el Estado (quien vendría, por ejemplo, a ser responsable, por su deficiente política económica, de los asaltos y demás atentados contra la propiedad que habitualmente se cometen). En el caso del *síndrome de Estocolmo*, los rehenes del asalto a un banco terminaban por culpar de su situación no a los ladrones que los habían secuestrado, sino a la policía que no encontraba una solución a los reclamos de los delincuentes.⁵

En otros casos se responsabiliza a la sociedad en general (dividida, en un planteo marxista y anarquista de lucha de clases, entre sectores explotadores y explotados, encontrándose entonces los segundos autorizados para proceder contra los primeros). Un ejemplo evidente de esto último fueron las palabras de Émile Henry, autor del atentado al café Terminus, en París, que al cobrar decenas de muertos y heridos entre clientes —de clase media y alta— que se encontraban en el lugar, sostuvo ante los tribunales la célebre tesis de “no hay inocentes”.⁶ En sentido similar se ha afirmado que el robo, en definitiva, no es más que un procedimiento de redistribución de la riqueza.⁷

La responsabilidad social, en sentido amplio y global, puede justificarse entendiendo que el agresor está condicionado en su comportamiento por factores familiares, económicos, culturales, religiosos, costumbres y necesidades, etcétera, que determinan su comportamiento en un sentido o en otro, de tal manera que es aquella sociedad, y no él, la verdadera culpable de su andar delictivo. La responsabilidad del sujeto concreto tiende así a diluirse en toda la comunidad, mediante un proceso de

⁵ Como recuerda Bandura (o. cit., p. 196), uno de los rehenes afirmó: “es la policía la que me está alejando de mis hijos”.

⁶ Cf. Joll James, *Los anarquistas*, trad. de R. Andreu Aznar, Grijalbo, Barcelona, 1968.

⁷ Palabras de un asistente, abogado, al curso sobre derechos humanos y seguridad urbana, organizado en junio de 1999 en San José de Costa Rica por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, durante el diálogo público posterior a una conferencia pronunciada por el autor de este trabajo.

“difusión de responsabilidades”. Se trata de una explicación de larga data, enunciada por Juan Jacobo Rousseau en su célebre tesis de que el hombre nace bueno, pero la sociedad lo convierte en malo.⁸

Emparentándose con la última posición, en otros casos la responsabilidad de la agresión es trasladada por el agresor directamente hacia la víctima. Así, el que tiene bienes es “culpable” del mero hecho de tenerlos⁹ y, por ende, merece ser robado. Quien se opone a un atraco es “culpable” de su resistencia, y resulta entonces lógico el castigo —inmediato y violento— del agresor. Una mujer bonita es “culpable” de su belleza, y de ahí que se explique el abuso sexual del violador. En la mente del agresor, “las personas convertidas en víctimas no están completamente libres de culpa, porque con su comportamiento contribuyen en parte a su propia situación. Por ello, a las víctimas de las puede culpar por ocasionarse sufrimiento a sí mismas”.¹⁰

2. *En cuanto a los efectos perniciosos de la agresión*

Producido el atentado a la seguridad personal, los engranajes autoexculpatorios del agresor pueden funcionar a través de la *minimización de las consecuencias* (convenciéndose, por ejemplo, de que la víctima no ha sufrido tanto, o de que puede recuperarse fácilmente) o simplemente por la *ignorancia de las consecuencias*, caso en que el agresor omite toda consideración sobre los problemas de las víctimas o de sus familiares, alternativa que implica un proceso de negación psíquica de tales problemas.

Otra ruta de autoexculpación estriba en *subhumanizar* o *deshumanizar a la víctima*. Si el agresor logra mentalmente transformar a su víctima, de un ser humano a un producto infrahumano despreciable y por ende agredible (*raza inferior, infiel, salvaje, gusano, cerdo*), simple proveedor de bienes y de satisfacciones (habitualmente patológicas) del atacante (obtenidos mediante la vulneración de la integridad de la víctima, o sustrayéndole dinero, perjudicándola en su honestidad, humillándola o hiriéndola, etcétera), esa elaboración de deshumanización es un excelente factor de autodesinhibición primero y de autoexculpación después.¹¹

Uno de los casos límite en ese proceso de cosificación de la víctima es el de la toma de rehenes. El rehén pasa de su condición original de *ser humano-sujeto* a la de *objeto*, en el sentido de que se convierte en un *medio* o simple herramienta *usada* para la satisfac-

⁸ Sobre las ideas de Rousseau en torno a la corrupción del “buen salvaje” por la sociedad, en sus *Discursos* y el *Emilio*, véase Clemente B. Ros, *Derecho político*, 2ª ed., Sanna, Buenos Aires, 1953, t. 1, p. 228.

⁹ La base de esta tesis puede hallarse en el pensamiento de Pierre J. Proudhon, para quien “la propiedad es un robo”. Cf. Pierre Jean Proudhon, *¿Qué es la propiedad?*, trad. por Diego A. de Santillán, Americalee, Buenos Aires, 1946, p. 256; Horacio Sanguinetti, *Curso de derecho político*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 151.

¹⁰ Bandura, o. cit., p. 198.

¹¹ *Ibidem*, p. 194.

ción de los objetivos —económicos, políticos, religiosos o los que fuere— del secuestrador, quien opera como propietario absoluto de esa herramienta. Tan “cosa” es el rehén que, de hecho, puede ser destruido (total o parcialmente) a voluntad de su detentador, si no se satisfacen los requerimientos que éste plantea a un tercero (generalmente, el Estado). Ya hemos visto que en la mente del secuestrador, a la cosificación que aludimos, se suma un ingenioso y perverso mecanismo de transporte de responsabilidades: si asesina al rehén, por ejemplo, el “responsable” de la muerte no sería él, sino la autoridad pública o el particular que no cumplió con sus exigencias.

III. Marco jurídico del debate. Su ideologización

El tema de la seguridad personal y de la seguridad pública, como cualquier otro importante del derecho, está inevitablemente ideologizado. Con referencia al caso argentino, en un reciente artículo Mariano Grondona advierte que el debate se encuentra profundamente enrarecido por tales perspectivas ideológicas, hoy agigantadas, ya que frente a la crisis de seguridad las posturas de izquierda, temerosas de volver a las violaciones a los derechos humanos y al terrorismo de Estado que ocurrieron durante los años setenta, se preocupan más que nada por los derechos de los acusados y tienden a restringir las facultades policiales, para no repetir los episodios del “gatillo fácil”, de las torturas o de la “policía brava”. En la vereda opuesta, los sectores de derecha, alarmados ante la impunidad de la delincuencia común, añoran en alguna buena medida tales etapas de mano dura y cruel, para cortar de cuajo la nueva escalada de violencia y de agresiones.¹²

La polarización de posiciones llega a extremos tales, en algunos casos, como sostener (por parte de algunos “hipergarantistas”) que en definitiva no es tan malo, ante el fracaso del sistema judicial y penitenciario oficial, que poco o nada redime ni readapta a los condenados, preferir que los delincuentes queden libres (sea por un hartó indulgente sistema de excarcelaciones o libertades condicionales, sea por un congelamiento de hecho —vía inacción— de los procesos criminales, para arribar así a situaciones de prescripción de la acción penal), en vez de que sean apresados y condenados. En la vereda opuesta, para los “maxirrepresores” rige también un *todo vale*, pero a la inversa, en cuanto justifican, v. gr., las ejecuciones policiales sumarias e *in situ* de asaltantes o agresores, el sadismo carcelario, las coacciones de cualquier tipo para lograr confesiones en comisarías, etcétera.

Desde luego, la hiperideologización del problema conspira contra su análisis sereno e imparcial. Debe quedar bien claro que existe el imperativo de combinar, en una

¹² Mariano Grondona, “Nadie iza la bandera de la victoria”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 11 de abril de 1999. Sobre el riesgo ideológico en el problema, véase también Eugenio Raúl Zaffaroni, “Sistema penal y derechos humanos a diez años de una investigación”, en *Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia penal*, Emahaia, Toluca (México), 1998, pp. 37 y 38.

fórmula prudente, el derecho humano fundamental de todo habitante a su tranquilidad (respecto de su persona y de sus bienes), lo que significa, según se advirtió, derecho a que el Estado adopte políticas preventivas y represivas realmente idóneas, con el también derecho humano —asimismo, principal— de los acusados (y, en caso de que sean declarados culpables, de los delincuentes) a contar con un debido proceso y a ser tratados como personas. La satisfacción de ambos derechos no es de ningún modo una misión imposible aunque requiere, desde luego, *in limine*, la voluntad y la decisión política de cumplir con los dos objetivos, lo que significa buscar y hallar una respuesta jurídica en términos de bien común, que tradicionalmente actúa como un valor síntesis o armonizador entre intereses y valores que no siempre cohabitan pacíficamente.

Por cierto, es mucho más fácil y tentador adoptar medidas simplistas y extremas que satisfagan exclusivamente uno de aquellos derechos. Pero esa fórmula unilateral puede no ser fácticamente provechosa, ni axiológicamente válida, además de resultar jurídicamente incompleta, cuando no ilegal. El desafío actual estriba en combinar adecuadamente la insoslayable y necesaria protección de las futuras y actuales víctimas con las garantías de los presuntos agresores. Por supuesto que ello no impide adoptar medidas rigurosas, especialmente de corte preventivo, para impedir la realización de delitos —y, en su caso, repeler la violencia con la violencia (*vim vi repellere licet*) o adecuar el límite de la imputabilidad penal y el monto de las penas a las realidades del presente—. Lo que debe impedirse es que, so pretexto de tutelar a la seguridad personal, se reimplante otra variable de la inseguridad: la tortura, las detenciones y ejecuciones clandestinas, la condena a inocentes, la prepotencia o la arbitrariedad policial.

IV. Derechos y contraderechos

Uno de los asuntos que ha despuntado en el tema que nos ocupa es la aparición de una serie de argumentaciones que intentan minimizar los derechos de las víctimas que son objeto de ataque a su seguridad personal, con base en lo que podríamos llamar *doctrina de los contraderechos* o de los *antiderechos*.

En concreto: frente al *derecho* de una persona a su seguridad personal, a su libre circulación o a sus bienes, se contraponen ahora los “derechos”, que operan como *contraderechos*, de los agresores. Así, por ejemplo:

- al derecho a la integridad física y a los bienes de un individuo se enfrenta el “derecho” de un desocupado o indigente a asaltarlo y quitarle sus pertenencias, a fin de paliar la situación económica del segundo;
- al derecho de propiedad de una persona sobre su domicilio se opone el “derecho” de un *sin techo* o *homeless* a ocupárselo, a fin de obtener vivienda;
- al derecho personal y social de trabajar se encara el “derecho” de huelguistas a establecer *piquetes* por los que se impide a los no huelguistas acceder al lugar donde desempeñan tareas laborales;

- en situación similar, al derecho a moverse que tienen los directivos de un establecimiento se contraponen el “derecho” de los huelguistas a retenerlos en dicha empresa por un tiempo determinado; v. gr., mientras dure la ocupación que tales huelguistas han hecho del lugar;
- al derecho de una persona a circular libremente se opone el “derecho” de unos manifestantes a cortar calles o rutas, a fin de plantear reclamos, generalmente contra el Estado. Los requerimientos pueden versar sobre pretensiones económicas pero también políticas, exigir nuevas normas o simplemente protestar contra ciertas medidas gubernativas (o de particulares). El bloqueo, llegado el caso, puede conducir al encerramiento de quienes están o viven en un determinado sitio, si no pueden salir de él;
- al derecho de toda persona a su vida, bienes e integridad se enfrenta el “derecho” del menor no imputable a agredirla, partiendo del supuesto de que, al no ser tal menor condenable, su conducta termina impune, vale decir —para el común de la gente— lícita.

Resulta de interés averiguar los contornos del *contraderecho*.

- a. La primera nota del *contraderecho* es que opera como factor bloqueante del derecho de un tercero. Así esgrimido, el *contraderecho* es una especie de inevitable *derecho dañoso*.
- b. La segunda es que el *contraderecho* pretende en todo caso *valer más* que el derecho que ataca o vulnera. De tal modo, por ejemplo, procura afirmar que el derecho a expresarse o a reunirse de un piquete que corta una ruta es superior al derecho de los conductores de vehículos a circular; o que el derecho a acceder a una vivienda para quien no la tiene es mejor que el derecho del propietario de ésta a poseerla; o que el derecho a participar en una huelga debe ser entendido superior al derecho del que quiere trabajar. De tal modo, el *antiderecho* o *contraderecho* afirma ser un *derecho prevaleciente*.
- c. Otra característica del *contraderecho* es que autoriza fácticamente la coacción física directa (en otros términos, y de ser necesario, la violencia) por parte de quien lo maneja. No recurre —desde luego— al auxilio oficial, sino que se instrumenta por la mano propia de quien lo alega. En los hechos goza, pues, de autoejecutividad.
- d. El “*contraderecho*” funciona contra cualquiera, *erga omnes*, con independencia del responsable real de la situación que explicaría su ejercicio.

Así, no interesa quién ha provocado que alguien no posea casa habitación: el perjudicado podrá ocupar la que le parezca más adecuada para conseguir. A su turno, en el caso de los huelguistas, los causantes del hecho que origina la huelga no son los empleados no huelguistas, sino el empresario o el Estado, pero el piquete actuará contra los compañeros de trabajo que quieren laborar. A su vez, el eventual responsable de una crisis económica podrá ser el gobierno o un factor externo, pero el atraco

que consume el afectado por ella se puede dirigir contra toda persona ajena a ese nexo de causalidad. En el supuesto de los cortes de rutas o calles, los impedidos de circular tampoco fueron quienes motivaron la protesta que genera el corte. Es frecuente, al respecto, que el ejercitador del antiderecho actúe intencionalmente con ánimo de herir a su víctima inocente, dado que es el dolor de ésta (y su consecuente protesta) lo que puede auxiliario para conseguir sus objetivos finales y conmovier así al verdadero responsable de su reclamo.

La diferencia entre la doctrina de los contraderechos y el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión consiste pues en que, mientras en este último la resistencia activa o pasiva se dirige contra el Estado, autor de la opresión, en el caso de los contraderechos la agresión a un derecho puede proyectarse sobre sujetos no autores de la situación conflictiva, o sea, contra terceros ajenos —inocentes— que no han causado el problema que afecta al agresor.¹³

V. Fundamentación jurídica del contraderecho. Crítica

El contraderecho pretende tener sustento jurídico.

a. Para ello puede recurrir a las cláusulas programáticas de una Constitución; por ejemplo, si ellas consagran el derecho al acceso a una vivienda digna, o el derecho a la vida (presuntamente perjudicado por una situación económica global negativa), a la salud, a la alimentación o a la huelga. También, desde luego, a las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión (es el caso de los manifestantes bloqueadores de calles y otras vías de circulación). Por tanto, el contraderecho ensaya su metamorfosis como *derecho* (generalmente, constitucional) *inferido*, esto es, como conducta constitucionalmente amparada, deducible de algún derecho constitucional más amplio, que lo cubriría.¹⁴

¹³ No obstante, si la cuestión se enmarca en la variable de la “responsabilidad tribal”, o de la lucha de clases, quedaría excluida la hipótesis de terceros inocentes, ya que los propietarios de bienes, como los directivos de una empresa, pertenecerían a la clase “explotadora”, mientras que los necesitados (titulares del “contraderecho”) se insertarían en el sector de los explotados.

Pero algunas veces el “contraderecho” se ejerce contra sujetos que también pertenecen al sector social eventualmente explotado. Así, las víctimas de ocupaciones ilegales de inmuebles son, de vez en cuando, sujetos tan humildes como los ocupantes. Tampoco es raro, en lugares con población de bajos recursos (“villas miseria”, “favelas”, “pueblos jóvenes”, etcétera), que pobres asalten a otros pobres.

¹⁴ En el caso de los menores, su “derecho” a delinquir derivaría por ejemplo del artículo 40 numeral 3, inciso *a*, de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, cuando dispone que todos los Estados deben prever “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. Naturalmente, esta regla no establece jurídicamente un “derecho” en favor de los menores de esa edad mínima para cometer delitos, pero al impedir el castigo del menor que perpetra el crimen, la norma puede ser vivenciada o manipulada en el sentido de entender que dicho menor, al no poder ser jurídicamente castigado, tiene el “derecho” a quedar libre y, en definitiva, a cometer el acto ilícito en cuestión.

Prolongando ese discurso, el contraderecho intenta presentar la oposición entre él y el derecho del afectado como una suerte de *conflicto entre derechos*. Así, por ejemplo, derecho de A de contar con una vivienda, frente al derecho de B, propietario de una casa; el derecho de C de expresarse (cortando la ruta), contra el derecho de D de circular libremente; el derecho de E, de realizar una huelga, ante el derecho de F, de ir a trabajar; el derecho de G, de vestirse y alimentarse, frente al derecho del asaltado, H, de no ser agredido ni en su persona ni en sus bienes. En tal juego dialéctico, el antiderecho o contraderecho se *viste* de derecho y aspira a ser, como vemos, el derecho prevaleciente.

b. Además de su argumentación normativa, el contraderecho o antiderecho procura basarse en fundamentos extranormativos mucho más robustos, de corte supralegal y aun supraconstitucional, como los valores justicia, igualdad, solidaridad o cooperación, adaptados por ideologías de diverso cuño y en particular por las contestatarias del régimen político en vigor, es decir, por posiciones antisistémicas. Desde una perspectiva marxista muchos de estos antiderechos tienen así una explicación muy simple —v. gr., como herramientas de la lucha de clases—. En este esquema, en efecto, la agresión queda justificada no tanto como acto retributivo del explotado hacia el Estado explotador, sino del explotado contra la clase explotadora (de la que, en definitiva, el Estado sería una herramienta). A su turno, y siempre dentro del mismo marco ideológico, si el acto dañoso se proyecta contra otro oprimido —por ejemplo, si un marginado ocupa la casa de otro de similar condición—, el hecho podría explicarse por un estado de desesperación del primero de ellos, provocado por la clase dominante, que se proyecta, también por necesidad económica o por falta de concientización del primer marginado, sobre el segundo de ellos.

c. La postura que comentamos trata igualmente de asentarse (aunque extendiéndola con gran amplitud) en la doctrina penal del estado de necesidad del agresor, que para algunos no torna lícito el hecho en cuestión, sino que solamente implica una renuncia del Estado a la punición, como una especie de factor de exclusión de pena, mientras que para otros legitima en sí tal hecho, operando como causal de justificación.¹⁵ El *hurto famélico*, precisamente, entraría en uno de esos supuestos, alternativa que configura para ciertos autores una causal de inimputabilidad.¹⁶

En la doctrina penal del estado de necesidad, en efecto, la conducta del sujeto activo, que consiste en causar un mal (menor) para evitar otro (mayor) inminente, se realiza con relación a un individuo (sujeto pasivo) que es perjudicado no obstante ser titular de un bien jurídico protegido por la ley.¹⁷ Al respecto podría sostenerse que, si

¹⁵ Cf. sobre el tema, Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1951, 1ª reimpr., t. I, pp. 420, 423.

¹⁶ Por ejemplo, Cf. Mario Oderigo, *Código penal anotado*, 3ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 38.

¹⁷ Precisamente, uno de los afiches pegados en muros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 1999, invitaba a una mesa redonda para analizar el tema de la

el robo para comer no es robo o bien es robo no castigable, tampoco debería serlo el que ocurre cuando quien hurta o roba se encuentra desocupado; o que quien ocupa una casa para vivir, careciendo de habitación, tampoco incurre en un acto punible; que quien para tornar efectiva una huelga impide trabajar a otro, o para realizar una manifestación no deja circular al prójimo, también se encuentran en algo parecido a un estado de necesidad que legitimaría su comportamiento.

Sin embargo, ese razonamiento es falaz. La doctrina penal del estado de necesidad no opera en términos abstractos o genéricos, sino que debe evaluarse y aplicarse en situaciones concretas y reales, donde efectivamente ocurra una situación de insoslayable necesidad. Debe partirse de un “mal” actual y específico, inmediato y seguro, que pretende superarse con el acto necesitado. Además, “si en lugar de la acción dañosa es posible, en el caso concreto y desde el punto de vista del sujeto (activo), otra acción inofensiva [...] no habrá estado de necesidad”.¹⁸

Por ello, si bien es cierto que algunos actos de violencia urbana tienen sustento dentro del estado de necesidad (como los del hurto famélico, v. gr.), es evidente también que los robos que se perpetran para *comer* no son mayoría. Antes bien, el quehacer delictivo urbano actual contra la propiedad tiende a perfilarse generalmente como una “profesión” o medio habitual de vida para ladrones y asaltantes, muchos de los cuales operan como bandas organizadas, más que como un remedio para su déficit alimenticio. Al mismo tiempo, para realizar una huelga no es necesario impedir que otros trabajen, ya que el huelguista sólo tiene derecho a no trabajar él, pero no a obstaculizar que otros lo hagan. A su turno, el manifestante que corta una vía de circulación no puede alegar necesidad para ello, ya que puede manifestarse perfectamente sin bloquear el camino o calle del caso. El *homeless* podrá argüir en cierta situación excepcional un derecho a ampararse bajo un techo, y en ciertas circunstancias extremas podrá quizás alguna vez un estado de necesidad legitimar la usurpación transitoria que realice, pero ello no le da derecho a desplazar sin más el derecho de propiedad del dueño del inmueble, o el derecho a poseerlo que tiene el inquilino legítimo que lo moraba.

Detrás de todo lo expuesto para fundar jurídicamente la tesis de los contra-derechos, en definitiva, emerge una suerte o variable espuria de *uso alternativo del derecho*,¹⁹ en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sen-

ocupación (en verdad, usurpación) de casas-habitación, bajo el subtítulo interrogativo “¿Delito o necesidad?”.

¹⁸ Soler, o. cit., pp. 422, 424 y ss. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta que la miseria funciona como atenuante en la pena a imponer por un delito, pero no quita a éste el hecho de ser tal: Oderigo, o. cit., p. 38.

¹⁹ Sobre este tema nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 88 y ss., donde también desarrollamos la doctrina de la interpretación constitucional mutativa (pp. 58 y ss.).

tido frontalmente distinto al ideológicamente planeado por la Constitución. La conversión de un *derecho* constitucional de alguien (como el de vida, salud, acceder a una vivienda digna, de reunirse y expresarse libremente, de huelga, etcétera) en un *antiderecho* lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto (“derecho” a robar, a asaltar, a ocupar inmuebles, a cortar rutas e instalar “piquetes”, etcétera) importa una estrategia ideológica mutativa de la Constitución, o sea, una operación *contra constitutionem* basada, con cierta frecuencia, directa o indirectamente, en ideologías antisistémicas que intentan usufructuar, en su favor, el texto constitucional. Para consumir esa empresa, la tentativa exige cambiar el mensaje y el contenido del enunciado del derecho constitucional en juego, convertirlo después en un ariete contra otros derechos constitucionales, y declararlo derecho relevante, por sobre el o los derechos agredidos.²⁰

Así, es innegable que el derecho de una persona a contar con una vivienda digna importa eventualmente un derecho público del habitante *contra* el Estado, a quien podrá demandarle el cumplimiento de la promesa constitucional, invocando aun inconstitucionalidad por omisión, si es que efectivamente el documento constitucional le otorga en concreto el inmueble,²¹ pero ello no implica el derecho de apropiarse discrecionalmente de la vivienda de un particular, quien solamente podrá ser desplazado de ella —según la mayoría de las constituciones— por voluntad del Estado y previa indemnización. El derecho constitucional a alimentarse, cuando es enunciado en la ley suprema, es asimismo oponible al Estado y no genera el derecho a asaltar a los particulares, agredirlos o tomarlos de rehenes, ya que las víctimas están amparadas, a su turno, por los derechos constitucionales a la vida e integridad de sus personas y bienes. El derecho a reunirse y expresarse tampoco hace nacer el derecho a impedir que los habitantes ejerciten su derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional. El derecho de huelga, por su parte, no importa la negación del derecho constitucional de trabajar de quien no quiera participar del paro.

²⁰ Así, por ejemplo, del derecho constitucional a la huelga se deduce el “derecho” de formar piquetes para impedir (por medio de la fuerza) el acceso al lugar de trabajo de los empleados no huelguistas; y ese “derecho” al piquete se lo contrapone como “contraderecho” y se lo juzga preferido, o superior, al derecho (constitucional) a trabajar de los no huelguistas.

²¹ Cf. sobre el tema, Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, con trabajos de Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagüés, Francisco Fernández Segado, José J. Fernández Rodríguez, Jorge Miranda y Víctor Bazán. El tema es, desde luego, complejo, aunque en términos generales cabe advertir que la inconstitucionalidad por omisión requiere que el derecho haya sido enunciado claramente por la ley suprema como una obligación requerible al Estado en términos concretos (cabe diferenciar, por ende, a las cláusulas constitucionales programáticas precisas y otras indefinidas o de cumplimiento opcional por el gobierno), y el transcurso de un tiempo prudencial para que el Estado haya tenido oportunidad de instrumentarlas.

En conclusión, es verdad que el estado de necesidad puede en determinados casos exculpar ciertos actos delictivos lesivos de los individuos o de sus propiedades. Pero importa una perversión de la Constitución extraer de algunos derechos constitucionales *antiderechos* o *contraderechos* dañinos de la seguridad de las personas, o sea, de su tranquilidad, de su integridad física o de sus bienes.