

---

# Derechos y contraderechos

## A propósito de la violencia urbana

**Néstor Pedro Sagüés**

Abogado. Profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica de Rosario (Argentina).  
Miembro del Comité Consultivo Internacional de *Ius et Veritas*.

### 1 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 que está reconocido por una serie de instrumentos internacionales.

Por ejemplo, así figura en el artículo 3 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 9 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 1. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial es todavía más explícita, al señalar en su artículo 5, 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 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<sup>(1)</sup>.

Queda claro, entonces:

a) que el derecho a la seguridad personal es un derecho honda y estructuralmente humano, algo estrechamente vinculado con 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, etc

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 que se

(1) Sobre la descripción del concepto de seguridad pública y sus variables nos remitimos a: SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. 3a.ed. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1999. pp.374-375.

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<sup>(2)</sup>. Como 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 sus deudos.

## 2 Legitimación de las agresiones. Aspectos psico-sociales.

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

Aplicando 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), esos conductos de legitimación del hecho agresivo operan para: a) eliminar los mecanismos de freno o autocontrol del sujeto agresor y 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<sup>(3)</sup>.

Los dispositivos aludidos se aplican en dos niveles diferentes:

a) En cuanto a la conducta reprensible:

- 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<sup>(4)</sup>.

- 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, macro evasiones impositivas,

(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 que en la ciudad de Buenos Aires hay más policías por habitante que en Nueva York. Por la desconfianza en las instituciones, sólo se denuncia el 30% de los delitos, se empieza a investigar un 10% de ese 30, y apenas se resuelve el 10% del anterior 10%. Ver: Diario *La Nación*. Buenos Aires, 6 de diciembre de 1999. pp.11-12.

(3) Ver: BANDURA, Albert. *Mecanismos de desconexión moral*. En: REICH, Walter y otros. *Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales*. Traducido por Sergio Bolaños. Barcelona: Pomares-Corredor, 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, Argentina), uno de los delincuentes, entrevistado telefónicamente por periodistas, expresó que asaltaba al Banco para proveerse de medios para vivir bien, y evitar volver a la cárcel.

vaciamientos y desaparición de fondos realizados por directivos bancarios, etc.).

- 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 artificio lingüístico sirve así para exculpar o minimizar el acto lesivo.

- 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 de un 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<sup>(5)</sup>.

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 Emile Henry, autor del atentado al café Términus, en París, que al cobrar decenas de muertos y heridos de clientes -de clase media y alta- que se encontraban en el lugar, sostuvo ante los tribunales la celebre tesis de no hay inocentes<sup>(6)</sup>. En sentido similar, se ha afirmado que el robo, en definitiva, no es más que un procedimiento de redistribución de la riqueza<sup>(7)</sup>.

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, etc., 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 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<sup>(8)</sup>.

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 tenerlos<sup>(9)</sup>, 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<sup>(10)</sup>.

b) 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, que la víctima no ha sufrido tanto, o 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

- (5) Como recuerda BANDURA, Albert. Op.cit.; p.196, uno de los rehenes afirmó que es la policía la que me está alejando de mis hijos.
- (6) Ver: JOLL, James. *Los anarquistas*. Traducido por R. Andreu Aznar. Barcelona: Grijalbo, 1968.
- (7) Palabras de un asistente, abogado, al curso organizado en junio de 1999 en San José de Costa Rica, por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sobre derechos humanos y seguridad urbana, durante el diálogo público posterior a una conferencia pronunciada por el autor de este trabajo.
- (8) Sobre las ideas de Rousseau en torno a la corrupción del buen salvaje por la sociedad, en sus obras *Discursos* y el *Emilio*. Ver: ROS, Clemente B. *Derecho Político*. 2a.ed. Tomo I. Buenos Aires: Sanna, 1953. p.228.
- (9) La base de esta tesis puede hallarse en el pensamiento de Pierre J. Proudhon, para quien la propiedad es un robo. Ver: PROUDHON, Pierre Jean. *¿Qué es la propiedad?* Traducido por Diego A. de Santillán. Buenos Aires: Americalee, 1946. p.256; y SANGUINETTI, Horacio. *Curso de derecho político*. Buenos Aires: Astrea, 1980. p.151.
- (10) BANDURA, Alberto. Op.cit.; p.198.

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, etc.), 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, etc.), esa elaboración de deshumanización es un excelente factor de autodesinhibición primero, y de autoexculpación después<sup>(11)</sup>.

---

(...) es verdad que el estado  
de necesidad puede  
en determinados casos  
exculpar ciertos actos delictivos (...)  
Pero importa una perversión de la  
Constitución extraer de algunos  
derechos constitucionales,  
antiderechos o contraderechos (...)

---

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 que se convierte en un medio o simple herramienta usada para la satisfacción de los objetivos (económicos, políticos, religiosos o los que fuere) del secuestrador, quien opera como propietario absoluto de ella. 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 se suma, a la cosificación que aludimos, 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.

### 3 Marco jurídico del debate. Su ideologización.

El tema de la seguridad personal y de la seguridad pública, como el de 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 a la nueva escalada de violencia y de agresiones<sup>(12)</sup>.

La polarización de posiciones llega a extremos tales, en algunos casos, como sostener (por parte de hiper garantistas) 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 hartito 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 maxi represores rige también un todo vale, pero a la inversa, en cuanto justificar, por ejemplo, las ejecuciones policiales sumarias e *in situ* de asaltantes o agresores, el sadismo carcelario, las coacciones de cualquier tipo para lograr confesiones en comisarías, etc.

(11) BANDURA, Alberto. Op.cit.; p.194.

(12) GRONDONA, Mariano. *Nadie iza la bandera de la victoria*. En: Diario *La Nación*. Buenos Aires, 11 de abril de 1999.

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 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 también el derecho humano -asimismo, principal- de los acusados (y en su caso, de ser 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 que 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.

#### 4 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, en base a o 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 una persona se enfrenta el derecho de un desocupado a asaltarlo y quitarle sus pertenencias, a fin de paliar la situación económica del segundo.

- al derecho de propiedad de un individuo 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 adonde 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, por ejemplo, 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 de un derecho del prójimo. De esa manera, el antiderecho o contraderecho vale

siempre más que el derecho vulnerado. Así esgrimido, el contraderecho es una especie de derecho dañoso.

b) otra característica del contraderecho es que autoriza fácticamente la coacción física directa por parte de quien lo maneja. No recurre al auxilio oficial, sino que se instrumenta por mano propia de quien lo alega. Goza, pues, de autoejecutividad.

c) el contraderecho funciona contra cualquiera, *erga omnes*, casi nunca contra el responsable 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 fácil de 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 agresor 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 auxiliarlo 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 éste último la resistencia activa o pasiva se dirige contra el Estado, autor de la opresión, en el caso de los contraderechos la agresión hacia 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<sup>(13)</sup>.

## 5 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), al derecho a la salud, a la alimentación o al derecho de huelga. También, desde luego, a las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión (en 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<sup>(14)</sup>.

Prologando 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, el 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 al 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 ser el derecho prevaleciente.

(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 bajo recursos (villas miserias, favelas, pueblos jóvenes, etc.), 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 a 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.

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, por ejemplo, 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 a dicho hecho, operando como causal de justificación<sup>(15)</sup>. El hurto famélico, precisamente, entraría en uno de esos supuestos, alternativa que configura para ciertos autores una causal de inimputabilidad<sup>(16)</sup>.

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, ese daño se realiza con relación a un individuo (sujeto pasivo) que es perjudicado no

obstante ser titular de un bien jurídico protegido por la ley<sup>(17)</sup>. Al respecto, podría sostenerse que si el robo es para comer o no es robo o es robo no castigable, tampoco debería serlo el que ocurre cuando quien hurta o roba se encuentra desocupado; o quien ocupa una casa para vivir, careciendo de habitación, tampoco incurre en un acto punible; quien impide trabajar a otro, para tornar efectiva una huelga, o quien no deja circular al prójimo, para realizar una manifestación, también se halla 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

(15) Ver: SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: TEA, 1951. pp.420-423.

(16) Por ejemplo, ver: ODERIGO, Mario. *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 ocupación (en verdad, usurpación) de casas-habitación, bajo el subtítulo interrogativo de ¿Delito o necesidad?

habrá estado de necesidad<sup>(18)</sup>.

Por ello, si bien es cierto que algunos actos de violencia urbana tienen sustento dentro del estado de necesidad (como los del hurto famélico, por ejemplo), es evidente también que no son mayoría los robos que se perpetran para comer. 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 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 para 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 quizá 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, quienes tendrán de inmediato que ser reintegrados al goce de sus respectivos derechos, humanos y constitucionales también.

Detrás de todo lo expuesto para fundar jurídicamente la tesis de los contraderechos, en definitiva, emerge una suerte o variable espúrea de uso alternativo del derecho<sup>(19)</sup>, en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sentido 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, etc., 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, etc.), 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, al 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<sup>(20)</sup>.

Así, es innegable que el derecho de una persona a contar con una vivienda digna importa un derecho público del habitante contra el Estado, a quien podrá demandarle el cumplimiento de la promesa constitucional, invocando aún inconstitucionalidad por omisión<sup>(21)</sup>, 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 de 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

(18) SOLER, Sebastián. Op.cit.; pp.422 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, Mario. Op.cit.; p.38.

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

(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) Ver sobre el tema: BAZÁN, Víctor (coordinador). *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá: Temis, 1997; con trabajos de Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagües, 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.



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.

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, antiderectos o contraderechos dañinos de la seguridad de las personas, o sea, de su tranquilidad, de su integridad física o de sus bienes. <sup>AS</sup>