

CAPÍTULO XVII

Derechos y contraderechos

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los asuntos que ha despuntado en épocas recientes, 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, bienes o al derecho a transitar, 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 o indigente, a asaltarlo y quitarle sus pertenencias, a fin de paliar la situación económica del agresor;
- 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 deter-

EL CURSO DE LOS DERECHOS

- minado, *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. En otros supuestos, el corte puede durar años enteros, durante los cuales los piqueteros pueden asumir funciones públicas, *v. gr.*, permitiendo o no el pase de un puente fronterizo a quien desee hacerlo, a criterio del bloqueador de la ruta, que se convierte así, *de facto*, en oficial de migraciones, y
 - 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.

2. LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL CONTRADERECHO

Resulta de interés averiguar los contornos del “contraderecho”:

- a) la primera nota del “contraderecho” es que opera como factor impeditivo del derecho de un tercero. Así esgrimido, el “contraderecho” es una especie de intencional e inevitable *derecho dañoso* “hacia” alguien;
- b) la segunda, es que el “contraderecho” pretende en todo caso “valer más” —incluso moralmente— 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, por 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 anti-derecho o contraderecho afirma ser un derecho *prevaleciente*.

Derechos y contraderechos

Un caso límite —y fatal— de actuación del contraderecho como derecho “prevaleciente”, ocurrió cuando un grupo de “piqueteros”, al cortar una ruta argentina, en 2002, impidió el pase de una ambulancia con una enferma en grave estado que, como consecuencia de tal impedimento, no pudo encontrar asistencia médica en tiempo y murió. Episodios luctuosos de ese tipo han sido rotulados alguna vez —increíble y eufemísticamente— como meras “anécdotas trágicas” (*sic*) por parte de quienes legitiman los grupos transgresores bloqueadores,¹ cosa que implica entender a tal metodología, inferimos, como una suerte de algo inevitable;

- 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, y
- 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

¹ Sobre la noticia en cuestión, cfr. diario *La Nación*, Buenos Aires, 24 oct 2002. En cuanto la muerte de un enfermo por bloquear un piquete el pase de su ambulancia, y la calificación de ello como anécdota trágica, cfr. Gargarella, Roberto, *El derecho frente a situaciones de protesta social*, en Rivera, Julio César y otros (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, 2014, Abeledo Perrot, t. II, p. 217.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

ánimo de perjudicar a su víctima inocente, dado que es el perjuicio que sufre 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 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 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.²

3. 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.³

² 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.

³ En el caso de los menores, su “derecho” a delinquir derivaría por ejemplo del art. 40, párr. 3, inc. a), de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la ONU,

Derechos y contraderechos

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 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, como vimos, 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 esta-

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.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

do 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.⁴ El *hurto famélico*, precisamente, entraría en uno de esos supuestos, alternativa que configura para ciertos autores una causal de inimputabilidad.⁵

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.⁶ Al respecto, podría sostenerse que si el robo 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 que quien ocupa una casa para vivir, careciendo de habitación, tampoco incurre en un acto punible; que quien impide trabajar a otro, para tornar efectiva una huelga, o que 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 habrá estado de necesidad”.⁷

⁴ Cfr. sobre el tema Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 1ª reimp., Buenos Aires, TEA, 1951, t. I, pp. 420, 423.

⁵ Cfr. Oderigo, Mario, *Código penal anotado*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1965, p. 38.

⁶ 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?”.

⁷ Soler Sebastián, *op. 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 Mario, *op. cit.*, p. 38.

Derechos y contraderechos

Por ello, si bien es cierto que algunos actos de violencia urbana tienen sustento dentro del estado de necesidad —*v. gr.*, como los del hurto famélico—, 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 solo 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.

d) Otro argumento repetido hasta el sin fin por los cultores de los contraderechos, es el de la “necesidad de uso” de ese antiderecho. Por ejemplo, quien bloquea una ruta alegará que “no le quedaba otro remedio” que así hacerlo. La excusa es falaz, porque puede expresarse a la vera de una vía de circulación, sin cortarla. En realidad, no está ejecutando ninguna “liberación de expresión”, sino una real y lisa “libertad de agresión” que supera el simple derecho de libre manifestación, provocando adrede un daño hacia terceros, con el fin, de tal modo, de adquirir mayor notoriedad, publicidad y conmoción, y mediante esa lesión a terceros ajenos al conflicto, provocar la satisfacción a su reclamo.

4. CONCLUSIÓN

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*,⁸ entendido aquí en el sentido de manipular

⁸ Sobre este tema nos remitimos a Sagiús, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 65 y ss., donde

EL CURSO DE LOS DERECHOS

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.⁹

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 aún inconstitucionalidad por omisión, si es que efectivamente el documento constitucional le otorga en concreto el inmueble,¹⁰ 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

también desarrollamos la doctrina de la interpretación constitucional mutativa (pp. 42 y ss.).

⁹ 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 contraponen como “contraderecho” y se lo juzga preferido, o superior, al derecho —constitucional— a trabajar de los no huelguistas.

¹⁰ Cfr. sobre el tema Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 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.

Derechos y contraderechos

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.

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, de su derecho a transitar o de sus bienes.